UNIVERSITÀ DI ROMA 'LA SAPIENZA'
PUBBLICAZIONI DELL'ISTITUTO DI DIRITTO ROMANO
E DEI DIRITTI DELL'ORIENTE MEDITERRANEO

LXXVI

ROBERTO FIORI

LA DEFINIZIONE DELLA 'LOCATIO CONDUCTIO'

GIURISPRUDENZA ROMANA E TRADIZIONE ROMANISTICA

JOVENE EDITORE NAPOLI
1999

Vorrei ringraziare i professori Andrea Di Porto, Feliciano Serrao e Mario Talamanca per la disponibilità con cui hanno seguito, sin dall'inizio, la ricerca.

Sono inoltre grato ai professori Ennio Cortese e Ugo Petronio, la cui lettura del manoscritto ha rappresentato per me un momento di importante verifica.

Dedico il libro ai miei genitori.

INDICE SOMMARIO

INTRODUZIONE

UNITARIETÀ O TRIPARTIZIONE DELLA 'LOCATIO CONDUCTIO' NELLA DOTTRINA ROMANISTICA

CAPITOLO PRIMO

DAI FORMULARI CATONIANI A QUINTO MUCIO

CAPITOLO SECONDO

LA 'LOCATIO CONDUCTIO' NEI RESPONSI DELLA SCUOLA DI SERVIO

CAPITOLO TERZO

LA CARATTERIZZAZIONE DEI SINGOLI ASSETTI DI INTERESSI NEL PENSIERO DI LABEONE

CAPITOLO QUARTO

LA DEFINIZIONE «PERIMETRALE» DELLA 'LOCATIO CONDUCTIO' NELLE DISCUSSIONI TRA SABINIANI E PROCULEIANI

CAPITOLO QUINTO

LA DEFINIZIONE «PERIMETRALE» DELLA 'LOCATIO CONDUCTIO' NELLA GIURISPRUDENZA TARDO-CLASSICA

CAPITOLO SESTO

UNO SGUARDO D'INSIEME. LA TIPICITÀ DELLA 'LOCATIO CONDUCTIO' NELLA DOGMATICA DEI GIURISTI ROMANI

CAPITOLO SETTIMO

LA DEFINIZIONE «SOSTANZIALE» DELLA LOCAZIONE ELABORATA DALLA TRADIZIONE ROMANISTICA

INTRODUZIONE

UNITARIETÀ O TRIPARTIZIONE DELLA 'LOCATIO CONDUCTIO' NELLA DOTTRINA ROMANISTICA

SOMMARIO: 1. La teoria dell'unitarietà. — 2. I sostenitori della tripartizione. — 3. Lo stato attuale della questione nella *communis opinio* dei romanisti.

1. LA TEORIA DELL'UNITARIETÀ.

Il problema della struttura unitaria o tripartita della *locatio conductio*, il problema, cioè, del rapporto tra le tradizionali *species* di locazione — *rei*, *operarum* e *operis* — e il comune *nomen contractus*, è un tema della romanistica di questo secolo.

La dottrina più antica, sin dai glossatori, ha trattato la locazione come un contratto unitario, pur distinguendo al suo interno vari 'sottotipi', senza avvertire in ciò alcuna contraddizione[1]. Neanche nel secolo scorso il problema è stato posto nei termini di una reale alternativa tra unitarietà e tripartizione: in fondo, la stessa dottrina di August Bechmann[2], che proponeva di ricondurre l'origine delle tre *species* allo schema unitario della *locatio rei*[3], non intendeva affatto sostenere

[1] Un'eccezione è forse rappresentata da H. DONELLI *Commentarius de iure civili*, XIII. 6. 6, in *Opera omnia*, III, Lucae 1763, 820, su cui cfr. *infra*, cap. VII § 3.

[2] A. BECHMANN, *Der Kauf nach gemeinen Recht*. I. *Geschichte des Kaufs im römischen Recht*, Erlangen 1876, 420 s., 428 ss.

[3] Innanzitutto, la più antica *locatio operarum* avrebbe avuto ad oggetto uno schiavo, e dunque si sarebbe risolta sostanzialmente in una *locatio rei* (BECHMANN, *Der Kauf*, cit., I, 420 s.; ma cfr. già H. DEGENKOLB, *Platzrecht und Miethe*, Berlin 1867, 134 nt. 1). In secondo luogo, una *locatio operis* sarebbe stata possibile solo quando il locatore avesse fornito al conduttore i materiali per la costruzione: a questo riguardo, il BECHMANN, *op. cit.*, I, 430 s., cita soprattutto Sab. fr. 82 LENEL = Pomp. 9 *ad Sab.* D. 18. 1. 20, ma discute anche (*ibid.*, 431 nt. 1) di Iav. 11 *epist.* D. 18. 1. 65, di Lab. *ad ed.* fr.10 LENEL = Paul. 2 *ad ed.* D. 50. 16. 5. 1, e di Paul. 34 *ad ed.* D. 19. 2. 22. 1, in cui l'a. sottolinea il *datur*. Nella

l'inesistenza, in diritto romano, della tradizionale tripartizione, ma semplicemente trovare una comune giustificazione storica per le diverse fattispecie.

È solo nel 1921, con la prima edizione delle *Istituzioni di diritto romano* di Vincenzo Arangio-Ruiz, che si affaccia per la prima volta l'ipotesi che la tripartizione sia un prodotto della tradizione romanistica e che i romani non conoscessero alcuna distinzione fra tre diversi 'tipi' di locazione, ma percepissero tutte le ipotesi indistintamente. L'unità del contratto, per l'Arangio-Ruiz, sarebbe testimoniata da un dato processuale, ossia l'esistenza di una sola *actio locati* e di una sola *actio conducti*; e da una dato sostanziale, ossia dal fatto che in ciascuna ipotesi di *locatio conductio* sarebbe sempre ravvisabile la presenza di una *res*, che è sempre data e restituita. Questo schema sarebbe rintracciabile, a parere dello studioso, non solo nella *locatio* cd. *rei*, ma anche nella *locatio* cd. *operis* e nella *locatio* cd. *operarum*: nella prima, infatti, si darebbe una cosa affinché sia trasportata, pulita, utilizzata come materiale di costruzione oppure, trattandosi di uno schiavo, affinché questi sia istruito; nella seconda, si darebbe normalmente uno schiavo (ossia una *res*), e solo eccezionalmente un libero (nel qual caso si darebbe non l'uomo, ma le sue *operae*, intese come *res*)[4].

---

cd. *locatio operis*, come nella *locatio rei*, il 'Leistungsobject' sarebbe dunque stato una *res*. L'unica differenza tra queste due ultime forme di locazione sarebbe consistita nel fatto che, mentre nella *locatio rei* il *conductor* paga la *merces*, nella *locatio operis* il conduttore, mediante un'apposita *lex contractus*, si obbligherebbe a trasformare la cosa e a pagare semplicemente una cifra simbolica (*nummus unus*); il locatore, invece, si obbligherebbe a pagare un corrispettivo reale per la trasformazione della *res locata* (*ibid.*, 428 ss.). La tesi del Bechmann è stata seguita da C. Chr. BURCKHARDT, *Zur Geschichte der locatio conductio*, Basel 1889, 31 ss., ma è stata criticata soprattutto da A. PERNICE, *Zur Vertragslehre der römischen Juristen*, in «ZSS» 9 (1888) = *Parerga*, III, Weimar 1888, 239 ss. e da C. LONGO, *La locatio-conductio*, Pavia 1921, 14 ss. Su una linea analoga al Bechmann si muove E. RABEL, *Grundzüge des römischen Privatrechts*, in F. VON HOLTZENDORFF - J. KOHLER, *Enzyklopädie der Rechtswissenschaft in systematischer Bearbeitung*, I, Berlin 1915, 465, indicato dall'Arangio-Ruiz come suo ispiratore, ma che come il Bechmann non negava la tripartizione, ipotizzando semplicemente (sulla base di una 'Beobachtung' di J. Partsch: cfr. *ibid.*, nt. 5, ma senza ulteriori indicazioni della fonte) che la terminologia del *locare* derivasse in ogni ipotesi dalla dazione materiale di una *res* (*locatio rei*), del lavoratore o delle sue *operae* (*locatio operarum*), e dei materiali di costruzione (*locatio operis*) (cfr., in questo senso, le esatte osservazioni di L. AMIRANTE, *Ricerche in tema di locazione*, in «BIDR» 62 [1959] 11 nt. 8).

[4] V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, Napoli 1921, 235 ss.; cfr. Napoli 1960[14], 345 ss.

L'ipotesi dell'Arangio-Ruiz non rimase senza seguito. Se le successive ricerche di Ugo Brasiello si limitano a sviluppare l'intuizione del maestro, fornendo ulteriori elementi di prova[5], un progresso notevole rispetto ai lavori precedenti è rappresentato[6] dalle indagini di Luigi Amirante[7]. Quest'ultimo non ravvisa l'elemento unificante delle tre figure nella *res*, bensì nella obbligazione delle parti di *dare* e di *reddere* una *res*. Entro questo schema, particolarmente importante sarebbe l'obbligazione di *reddere* del conduttore. Il problema della tipicità della *locatio conductio*, infatti, si sarebbe posto ai giuristi romani essenzialmente rispetto all'*emptio venditio*; essi, pertanto, avrebbero individuato l'elemento tipico del contratto nel fatto che, a differenza della compravendita, nella locazione la *res* deve essere non solo data, ma soprattutto restituita. Lo schema dazione-restituzione sarebbe riscontrabile in ogni ipotesi di locazione: nella *locatio* cd. *rei* si dovrebbe dare e restituire la *res*; nella *locatio* cd. *operarum*, lo schiavo (e, più tardi, il liberto o il libero)[8]; nella *locatio* cd. *operis*, la giurisprudenza più antica avrebbe pensato ad un *reddere* dei materiali dati all'artefice, ma da Labeone in poi si sarebbe guardato alla restituzione del risultato del lavoro, ossia

---

[5] U. BRASIELLO, *L'unitarietà del concetto di locazione in diritto romano*, in «RISG» n.s. 2 (1927) 529 ss.; 3 (1928) 3 ss. Anche per il BRASIELLO, *L'unitarietà* (1927), cit., 545 ss. (che segue A. DESCHAMPS, *Sur l'expression 'locare operas' et le travail comme objet de contrat à Rome*, in *Mélanges Gérardin*, Paris 1907, 157 ss.; ma l'ipotesi, come abbiamo visto, è più risalente), la cd. *locatio operarum* sarebbe nata come locazione di animali e schiavi. Forse già in questa forma si poteva distinguere tra «i casi in cui si dava il servo come tale, e quello in cui lo si dava come produttore di *operae*» («il fondamento pratico di tale distinzione potette essere il fatto che nel primo caso il servo veniva detenuto dal conduttore in permanenza, per un determinato periodo, nel secondo solo per alcune ore del giorno»: *ibid.*, 545 nt. 2), ma la distinzione divenne fondamentale quando, con le frequenti manomissioni, si sviluppò la locazione delle *operae* dei liberti, e — attraverso questa — la locazione delle *operae* del libero; e, tuttavia, anche la locazione di *operae* sarebbe locazione di *res* (*ibid.*, 544). Pure nella *locatio* cd. *operis* sarebbe sempre la *res* ad essere locata: l''oggetto del contratto' sarebbe costituito non dall'attività dell'artefice, ma dal materiale datogli dal locatore (*ibid.*, 533 s.; cfr. 554 s.; 556 ss.; 560 ss.; 566 ss.).

[6] Per stesso giudizio dell'ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*[14], cit., 347 nt. 1.

[7] AMIRANTE, *Ricerche*, cit., 9 ss.; cfr. anche ID., *Locare usum fructum*, in «Labeo» 8 (1962) 206 ss.; ID., *Locazione (diritto romano)*, in «NNDI», IX, Torino 1963, 991 ss.; ID., *Locare habitationem*, in *Studi B. Biondi*, I, Milano 1965, 455 ss.; ID., *In tema di 'opus locatum'*, in «Labeo» 13 (1967) 49 ss.

[8] AMIRANTE, *Ricerche*, cit., 60 ss.: le *operae*, infatti, non sarebbero qualificabili come *res*, quanto piuttosto come *fructus*, per cui non saranno queste ad essere date, ma la persona del lavoratore.

all'*opus* ideale non ancora esistente al momento della stipulazione del contratto[9].

Dopo il contributo dell'Amirante, la teoria dell'unitarietà è stata ripresa da altri studiosi, per i quali tuttavia le diverse forme della locazione troverebbero un comune denominatore nel fatto che in ciascuna si realizza un'attività su una *res*.

Per Paolo Pinna Parpaglia[10], questo schema sarebbe presente non solo nella cd. *locatio operis*, ma anche nella cd. *locatio operarum* — nella quale tuttavia mancherebbe la *res* — e addirittura nella *locatio* cd. *rei*: nella locazione di un fondo per la sua coltivazione, non si locherebbe «tanto il fondo ... quanto la sua coltivazione»[11], e i *conductores rei*, propriamente, dovrebbero piuttosto essere chiamati *conductores operis*[12].

Per Roger Vigneron[13], invece, il contratto di *locatio conductio* sarebbe unitario perché, sin dalle origini, tutte le ipotesi in esso ri-

---

[9] Lo sviluppo ipotizzato dall'AMIRANTE, *Ricerche*, cit., 65 ss., è, in sintesi, il seguente. Ancora in Quinto Mucio, la concezione della *res locata* sarebbe fortemente materialistica, rientrandovi solo quella *res* che può essere restituita nella sua identità: l'oro dato a un orefice perché ne tragga degli anelli non è considerato *res locata*, e dunque può passare nel *dominium* dell'artigiano (cfr. Q. Muc. 2 *iur. civ.* fr. 6 LENEL = Pomp. 9 *ad Q. Muc.* D. 34. 2. 34 pr.). In Alfeno (ma forse Servio) si prospettano *duo genera rerum locatarum* (Alf. 5 *dig. a Paul. epit.* D. 19. 2. 31): nel primo di essi, oggetto del *reddere* è, come per Q. Mucio, l'*idem*; nel secondo anche l'*idem genus*; la novità deriverebbe dall'esigenza pratica di ricondurre ad un'unica *actio* (*ex locato*) la doppia tutela (*condictio* per la materia, *actio ex conducto* per l'opera dell'orefice) che la visione muciana necessariamente postula (*ibid.*, 66 ss.). La svolta si avrebbe con Labeone: la nota definizione che questi fornisce di *opus locatum conductum* come ἀποτέλεσμα, ossia come *ex opere facto corpus aliquod perfectum* (Lab. *ad ed. praet.* fr. 10 LENEL = Paul. 2 *ad ed.* D. 50. 16. 5. 1), testimonierebbe una concezione dell'*opus* 'ideale', non ancora venuto ad esistenza: Labeone avrebbe negato il primo dei due principi enunciati da Mucio (materialità della *res*; restituzione dell'*eadem res*), ma non il secondo, come invece Alfeno (*ibid.*, 78 ss.). Un cammino simile avrebbe percorso la nozione di *res empta* nelle diverse soluzioni fornite da Cassio e i *plerique* rispetto all'ipotesi degli anelli da fabbricare con oro dell'orefice (Cass. fr. 139 LENEL = Gai. 3. 147; cfr. Gai. 2 *rer. cott.* D. 19. 2. 2. 1, e Inst. 3. 24. 3): mentre il primo non sarebbe uscito dalla concezione materialistica della *res* che deve esistere fisicamente al momento della conclusione del contratto, i *plerique* — fra i quali era di sicuro Sabino (cfr. Sab. fr. 82 LENEL = Pomp. 9 *ad Sab.* D. 18. 1. 20), ma probabilmente anche Labeone — avrebbero ammesso la possibilità di vendere e comprare una cosa non ancora materialmente esistente al momento dell'accordo (*ibid.*, 90 ss.).

[10] P. PINNA PARPAGLIA, *Vitia ex ipsa re. Aspetti della locazione in diritto romano*, Milano 1983.

[11] PINNA PARPAGLIA, *Vitia ex ipsa re*, cit., 131.

[12] PINNA PARPAGLIA, *Vitia ex ipsa re*, cit., 138.

[13] R. VIGNERON, *La conception originaire de la 'locatio conductio' romaine*, in *Mélanges F. B. J. Wubbe*, Fribourg 1993, 509 ss.

compreso sarebbero state avvertite come espressione del medesimo fenomeno economico, ossia la valorizzazione di un bene mediante il lavoro di altri[14]. Su questa comune base economica si sarebbe sviluppato il contratto di *locatio conductio*, del quale sarebbe inutile ricercare una unità dogmatica, poiché l'analisi compiuta dai giuristi romani è sempre stata legata a problemi concreti. In definitiva, per l'autore «l'habillage juridique est secondaire»[15]; ma, nella sostanza, anch'egli finisce per rinvenire — come il Pinna Parpaglia — l'elemento unificante del contratto (se non a livello dogmatico, almeno economico) nell'attività realizzata su una *res*[16].

2. I SOSTENITORI DELLA TRIPARTIZIONE.

A queste ricostruzioni è stato obiettato che l'unità della locazione sarebbe meramente terminologica e processuale, ma non strutturale.

In questo senso, Hans Niedermeyer[17] e Theo Mayer-Maly[18] hanno affermato che non sarebbe sostenibile l'unitarietà di un contratto nel quale mancano regole comuni rispetto allo scopo, alla sopportazione del *periculum*, al pagamento della mercede (che

---

[14] Per il VIGNERON, *La conception originaire de la 'locatio conductio' romaine*, cit., 509 ss., in età arcaica, poteva accadere che il patrimonio di un *paterfamilias* fosse di entità superiore a quanto egli e la sua *familia* potessero mettere a frutto. In una simile evenienza, egli avrebbe potuto utilizzare lavoro di terzi: (*a*) di schiavi, e allora si sarebbe trattato di una *locatio rei*; (*b*) di liberi, e allora si sarebbe realizzata una *locatio operarum*; (*c*) o, ancora, il *pater* avrebbe potuto convenire con un fattore o un pastore di affidare loro un terreno o un gregge e di dividerne ogni anno i frutti, ponendo in essere una *locatio operis*. Lo stesso fenomeno si sarebbe verificato in età successiva, quando aumentano i traffici: che differenza vi sarebbe tra la *locatio* (*rei*) di una nave e la *locatio* (*operis*) stipulata con un *magister navis* perché quest'ultimo trasporti beni o persone? «Sur le plan économique», afferma l'a., si tratta sempre di un contratto di trasporto.

[15] VIGNERON, *La conception originaire de la 'locatio conductio' romaine*, cit., 513.

[16] Cfr. R. VIGNERON, *La 'locatio conductio' secondo i Romani*, in «Labeo» 34 (1988) 361 ss., dove in sostanza l'a. concorda con la prospettiva del Pinna Parpaglia circa la rilevanza dell'elemento 'travail'.

[17] H. NIEDERMEYER, in «Gött. gel. Anz.» 203 (1941) 319 ss., spec. 322 s. (è la recensione a S. VON BOLLA, *Untersuchungen zur Tiermiete und Viehpacht im Altertum*, München 1940, dove si seguiva la teoria di Arangio-Ruiz e Brasiello: cfr. *ibid.*, 113 e nt. 1).

[18] Th. MAYER-MALY, *Locatio conductio. Eine Untersuchung zum klassischen römischen Recht*, Wien-München 1956, 15 ss., spec. 18 s.; cfr. anche la recensione al lavoro dell'Amirante: Th. MAYER-MALY, *Tipicità e unità della 'locatio conductio'*, in «Labeo» 5 (1959) 390 ss.

nella *locatio* cd. *rei* ed *operarum* è corrisposta dal conduttore, nella *locatio* cd. *operis* dal locatore). In una direzione non dissimile, Horst Kaufmann[19] ha tentato di dimostrare che tale unità terminologica e processuale deriverebbe dagli usi linguistici precedenti la nascita dei contratti consensuali, e sarebbe stata meramente recepita dal pretore nella creazione delle azioni[20]. In particolare, non sarebbe possibile rintracciare nello schema della *locatio rei* l'origine dei vari 'tipi' di locazione, perché sin dall'età arcaica sarebbe stato possibile *locare*, oltre che *res*, anche *operae* o un *opus*[21].

Per Claude Alzon[22], invece, la cronologia delle tre ipotesi sarebbe non solo ricostruibile, ma costituirebbe la miglior prova dell'esistenza di una tripartizione. Le tre forme di locazione sarebbero infatti nate in momenti storici differenti e sulla base di diverse esigenze[23], cosicché l'unica possibilità, per il pretore, di accordare la medesima *actio* in tutte le ipotesi sarebbe stata quella di utilizzare lo strumento dogmatico della tripartizione[24]. (Peraltro, una simile esigenza — e dunque l'uso della tricotomia — sarebbe stata solo del pretore: le parti contraenti sarebbero state libere di realizzare i negozi che più loro aggradavano, il *iudex* avrebbe potuto decidere sulla base della *bona fides*, fondandosi unicamente sulla volontà delle parti, e dunque né gli uni né gli altri avrebbero avuto bisogno di ragionare in termini di tripartizione[25]). La *locatio conductio*, in altre parole, sarebbe stata

---

[19] H. KAUFMANN, *Die altrömische Miete. Ihre Zusammenhänge mit Gesellschaft, Wirtschaft und staatlicher Vermögensverwaltung*, Köln-Graz 1964.

[20] KAUFMANN, *Die altrömische Miete*, cit., 233 ss.

[21] KAUFMANN, *Die altrömische Miete*, cit., 148 ss., 180 ss. (*opera*), 205 ss. (*opus*).

[22] C. ALZON, *Réflexions sur l'histoire de la 'locatio conductio'*, in «RH» s. IV, 41 (1963) 553 ss.; ID., *Problèmes relatifs à la location des entrepôts en droit romain*, Paris 1965, 220 ss.; ID., *Les risques dans la 'locatio-conductio'*, in «Labeo» 12 (1966) 311 ss.

[23] La *locatio rei*, in conseguenza del fatto che l'*emptio venditio*, sotto forma di vendita di frutti futuri, avrebbe potuto offrire la veste giuridica all'attribuzione di *res fruendae*, ma non di *res utendae* (ALZON, *Histoire*, cit., 557 ss., spec. 565 ss.). La *locatio operis*, in quanto la vendita non avrebbe potuto tutelare efficacemente né il committente né l'artefice di una cosa futura rispetto al risultato e alla restituzione del materiale impiegato (*ibid.*, 570 s.). La *locatio operarum*, per la necessità di ricomprendere nel medesimo contratto ogni specie di rapporto di lavoro (*ibid.*, 582 ss.). Cfr., per una prospettiva d'insieme, *ibid.*, 590 s.

[24] ALZON, *Location des entrepôts*, cit., 224 s.

[25] ALZON, *Location des entrepôts*, cit., 235 ss.

già per i giuristi romani un contratto completamente privo di tipicità, se non nelle sue singole categorie[26].

Da ultimo, Andrew Lewis[27] ha tentato di dimostrare, sulla scorta dell'analisi palingenetica dei passi raccolti nel Digesto, non solo che i giuristi romani conoscevano la tripartizione, ma anche che essi, nella trattazione dei problemi inerenti al contratto, dividevano l'esposizione in più parti, si potrebbe dire in più capitoli, ciascuno dedicato a un tipo di *locatio*.

3. LO STATO ATTUALE DELLA QUESTIONE NELLA 'COMMUNIS OPINIO' DEI ROMANISTI.

Le discussioni sin qui ricordate non hanno portato ad una soluzione unanime. Al contrario, gli studiosi che hanno accolto in pieno le teorie dell'una o dell'altra corrente sono stati assai pochi[28], e la mag-

---

[26] ALZON, *Histoire*, cit., 591; cfr. ID., *Location des entrepôts*, cit., 222 s. e nt. 1043. Posto che anche la locazione, così come la compravendita, è uno scambio di *pretium* (o *merces*) contro una *res* (anche l'*opus* e le *operae* sarebbero infatti una *res*: ALZON, *Histoire*, cit., 554 e nt. 8; cfr. 582; ID., *Location des entrepôts*, cit., 224 e 228), avrebbe ragione l'Amirante a vedere nel *reddere* l'elemento che distingue i due contratti (ALZON, *Histoire*, cit., 554 s.; ID., *Location des entrepôts*, cit., 222). Ma il criterio sarebbe valido solo per la *locatio rei* e la *locatio operis*: cosa si restituisce, infatti, nella *locatio operarum*? Non certo le *operae* (ALZON, *Histoire*, cit., 554 s., 582 s.).

[27] A. D. E. LEWIS, *The Trichotomy in Locatio Conductio*, in «The Irish Jurist» 8 (1973) 164 ss.

[28] Sostengono l'unitarietà: F. DE ROBERTIS, *I rapporti di lavoro nel diritto romano*, Milano 1946, 121; ID., *'Locatio operarum' e 'status' del lavoratore. Sulla estensione e i limiti del potere disciplinare attribuito all'assuntore nei confronti dei lavoratori liberi 'mercede conducti'*, in «SDHI» 27 (1961) 33 nt. 48; ID., in «TR» 25 (1957) 398 ss.; Fr. SCHULZ, *Classical Roman Law*, Oxford 1951, 542 ss.; F. B. J. WUBBE, *Zur Haftung des Horrearius*, in «ZSS» 76 (1959) 508 ss.; G. PUGLIESE, *Locatio-conductio*, in AA.VV., *Derecho romano de obligaciones. Homenaje J. L. Murga Gener*, Madrid 1994, 597 ss., spec. 601 ss. (ma la tripartizione è comunque considerata utile strumento di analisi ed è utilizzata in ID., *Istituzioni di diritto romano*[3], Torino 1991, 567 s.); A. METRO, *La sublocazione dell''opus faciendum'*, in *Collatio iuris Romani (Études H. Ankum)*, I, Amsterdam 1995, 341. Riconoscono unità al contratto soltanto sotto il profilo terminologico e delle azioni: E. BETTI, *Istituzioni di diritto romano*, II.1, Padova 1962, 227; M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1990, 593; A. BURDESE, *Diritto privato romano*[4], Torino 1993, 463 ss.; M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*[2], Palermo 1994, 491. Una serie di autori continua ad utilizzare la tripartizione, per lo più senza discutere il problema dogmatico: P. VOCI, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1948, 312 ss.; F. HERNANDEZ-TEJERO, *Derecho romano*, Madrid 1959, 357 ss.; D. LIEBS, *Römisches Recht. Ein Studienbuch*, Göttingen 1975, 208 ss.; W. W. BUCKLAND (rev. P. STEIN), *A Text-Book of Roman Law from Augustus to Justinian*[3], Cambridge 1963, 498 ss.; M. J. GARCIA GARRIDO, *Derecho privado romano*[5],

gioranza della dottrina ha assunto per lo più una posizione intermedia.

In genere, si riconosce unitarietà al contratto, ma non si esclude che i giuristi romani avessero consapevolezza di una distinzione tra le varie ipotesi[29], e comunque non si rinuncia a una trattazione separata delle tre figure[30], ritenendola imprescindibile per una esatta intelligenza del regime del contratto[31] — anche perché, va notato, a questa

---

Madrid 1993, 659 ss. (bipartizione); F. BETANCOURT, *Derecho romano clásico*, Sevilla 1995, 644 ss.; P. APATHY - G. KLINGENBERG - H. STIEGLER, *Einführung in das römische Recht*, Wien - Köln - Weimar 1994, 132 ss.

[29] Cfr. M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I², München 1971, 563 s.; I. MOLNÁR, *Object of 'locatio conductio'*, in «BIDR» 85 (1982) 127; ID., *Le cause di estinzione del contratto e il problema dell'esistenza del diritto di disdetta nella 'locatio-conductio'*, in «Labeo» 32 (1986) 298; cfr. anche ID., *Verantwortung und Gefahrtragung bei der 'locatio conductio' zur Zeit des Principats*, in «ANRW» II. 14, Berlin - New York 1982, 583 s.; per A. GUARINO, *Diritto privato romano*¹¹, Napoli 1997, 927, «la *locatio conductio*, nel periodo classico, giunse ad essere sempre più chiaramente distinta in tre *species* principali, nelle quali il diritto giustinianeo intravvide più tardi addirittura tre contratti (tre *genera*) diversi» (cfr. anche *ibid.*, 927, nt. ad 87.1.3). Talora si riconosce una unitarietà in senso lato, ma affermando che il concreto regime era costruito «on the basis of economic sense, and not through doctrine» (B. W. FRIER, *Landlords and Tenants in Imperial Rome*, Princeton 1980, 57 nt. 4)

[30] Richiamo, a titolo meramente indicativo, V. DEVILLA, *Locazione (diritto romano)*, in «NDI» VII, Torino 1938, 999; R. MONIER, *Manuel élémentaire de droit romain*, II⁴, Montchrestien 1948, 168 ss.; P. JÖRS - W. KUNKEL - L. WENGER (neu bearb. H. HONSELL-Th. MAYER - MALY - W. SELB), *Römisches Recht*⁴, Berlin - Heidelberg - New York - London - Paris - Tokyo 1987, 322; A. BECK, *Zur Entstehung des römischen Mietvertrages*, in *Festschrift H. Lewald*, Basel 1953, 3 ss.; K.-H. BELOW, *Der Arzt im römischen Recht*, München 1953, 83 e nt. 302, ma cfr. 109; B. BIONDI, *Istituzioni di diritto romano*⁴, Milano 1972 (rist.), 497 ss.; J. A. C. THOMAS, *Custodia and Horrea*, «RIDA» 6 (1959) 371 ss.; ID., *'Locatio' and 'operae'*, in «BIDR» 64 (1961) 231; ID., *The Worker and his Wage*, in *Uit het recht. Rechtsgeleerde opstellen aangeboden aan mr. P. J. Verdam*, Deventer 1971, 204; A. BISCARDI, *Il concetto romano di 'locatio' nelle testimonianze epigrafiche*, in «St. Senesi» 72 (1960) = *Locatio*, in «DE», IV, Roma 1964, 1429 ss., 1430, 1444 (ma cfr. 1441 ss.); C. A. CANNATA, *Su alcuni problemi relativi alla 'locatio horrei' nel diritto romano classico*, in «SDHI» 30 (1964) 235 ss., ma cfr. 238; J. MIQUEL, *Periculum locatoris*, in «ZSS» 81 (1964) 178; ID., *Derecho privado romano*, Madrid 1992, 326 ss.; E. VALIÑO, *Instituciones de derecho privado romano*, Valencia 1976, 614 ss.; P. FUENTESECA, *Derecho privado romano*, Madrid 1978, 271 ss.; A. D'ORS, *Derecho privado romano*⁵, Pamplona 1983, 563; E. VOLTERRA, *Istituzioni di diritto romano*, Roma 1985, 513, 515; H. HAUSMANINGER - W. SELB, *Römisches Privatrecht*⁷, Wien - Köln - Weimar 1994, 321 ss.; J. IGLESIAS, *Derecho romano*¹¹, Barcelona 1993, 377 ss.; A. TORRENT, *Manual de derecho privado romano*², Madrid 1993, 461 ss.; G. IMPALLOMENI, *Locazione nel diritto romano*, in «Digesto⁴» (sez. civ.), XI, Torino 1994, 89 ss.

[31] Può essere interessante notare come, a distanza di quattro secoli, i *Commentarii de iure civili* di Hugues Doneau e il *Das römische Privatrecht* di Max Kaser esordiscano entrambi con una definizione unitaria di *locatio conductio* ma poi, passando a trattare in modo più analitico il contratto, sottolineino con parole quasi identiche la necessità di di-

esigenza spesso non si sottraggono neanche i sostenitori dell'unitarietà[32]. Insomma, la dottrina versa in una assoluta incertezza circa la soluzione del problema.

Il fatto è — mi sembra — che né all'una né all'altra teoria mancano argomenti favorevoli.

I sostenitori dell'unitarietà hanno dalla loro l'unità di azione e di terminologia, che in un sistema contrattuale come quello romano, in cui la tipicità dell'azione e la tipicità del contratto sono un'unica cosa, non può essere intesa come un dato meramente formale, senza alcun riflesso dogmatico[33].

---

scutere separatamente le tre ipotesi: cfr. DONELLI *De iure civili*, XIII. 6. 1, in *Opera*, cit., III, 813: la *locatio et conductio* è un «contractus mutuae praestationis» che tuttavia «contrahitur non uno modo: quod pro condictione rei subiectae accidit»; e poiché le diverse figure «una definitione non contineri, de his separatim dicendum est»; KASER, *Das römische Privatrecht*, cit., I², 564 s.: «die Römer sehen ... die *locatio conductio* als einheitlichen Vertrag an», ma essi «haben ... doch die unterschiedliche Problematik nicht verkannt»; e pertanto «sind wir berechtigt, diese drei Haupttypen getrennt zu betrachten».

[32] Cfr., ad esempio, ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*¹⁴, cit., 348 s., il quale, parlando delle obbligazioni delle parti, non può non distinguere l'obbligo del *locator rei* di consegnare la cosa in buono stato e di lasciarla godere per il tempo fissato nel contratto, da quello del *locator operarum* e del *conductor operis* di svolgere l'attività promessa. Né trova possibile trattare unitariamente il caso della morte di una delle parti, che nella *locatio operarum* ed *operis* fa venire meno il rapporto e nella *rei* comporta semplicemente la trasmissione all'erede (l'a. precisa oltretutto che, in diritto giustinianeo, nella *locatio operis* — e non, naturalmente, nella *operarum* e *rei* — si considera estinta l'obbligazione solo nel caso in cui sia stata o meno ragione del contratto l'abilità personale di quel determinato artefice). O, ancora, sul terreno della responsabilità, dove egli ritiene sicuro l'obbligo di *praestare custodiam* nella *locatio operis*, e solo probabile nella *locatio rei* di cose mobili (*ibid.*, 383; cfr. 385). Un tentativo di superare quest'ultimo problema è stato compiuto dal BRASIELLO, *L'unitarietà* (1928), cit., 3 ss., il quale ha inteso dimostrare il ricorrere di una responsabilità per *custodia* anche nella *locatio rei*.

[33] Anche volendo ammettere con il Kaufmann che il pretore si sarebbe limitato a raccogliere sotto una medesima azione fattispecie economicamente assai diverse tra loro, unite solo da un legame terminologico, resterebbe pur sempre da spiegare cosa ha spinto i romani ad utilizzare gli stessi termini in ipotesi tanto diverse, e comunque ciò non potrebbe esimere da un'analisi dei testi della giurisprudenza romana per valutare come fosse intesa questa unità terminologica nella molteplicità sostanziale. In questo senso, il limite dell'analisi del Kaufmann, come ha rilevato anche L. AMIRANTE, in «Iura» 16 (1965) 322 ss., è quello di analizzare rapporti che rientrano economicamente, ma non giuridicamente, nell'ambito della locazione consensuale, la quale non viene mai veramente esaminata. Ancora più criticabile mi sembra l'ipotesi dell'Alzon, il quale, affermando che la tripartizione non era vincolante né per le parti contraenti né per il *iudex*, ma solo per il pretore, in sostanza riduce la tricotomia da schema dogmatico a mera complicazione processuale.

I sostenitori della tripartizione, però, possono senz'altro contare sulla difficoltà di ricondurre ad unità i vari 'oggetti' della locazione[34]. Innanzitutto, non convince l'applicazione alla *locatio* cd. *operarum* dello schema della dazione-restituzione di una *res*: se si pensa a un passaggio dalla locazione dello schiavo-*res* alla locazione delle *operae* del liberto e del libero, anch'esse intese come *res* (Arangio-Ruiz e Brasiello), ci si scontra con l'impossibilità di *reddere* le *operae*; se invece si pensa a una locazione della persona stessa del lavoratore — schiavo, liberto o ingenuo (Amirante) — si è costretti a rappresentare anche il libero come una *res*[35]. Ma non persuade neanche l'affermazione secondo la quale nella locazione di un fondo si locherebbe non il terreno, bensì la sua coltivazione (Pinna Parpaglia e, in certa misura, Vigneron): se infatti 'oggetto del contratto' fosse l'*opera*, e non il fondo, dovremmo giungere alla conclusione paradossale che il conduttore paghi la *merces* non per godere del terreno, ma per prestare la propria *opera*.

In conclusione, si tratta di un problema aperto. Allo stato, non appaiono pienamente soddisfacenti né le teorie dell'unitarietà, né quelle della tripartizione. Credo, dunque, che vi sia spazio per un riesame della questione.

---

[34] Non mi sembrano però convincenti i risultati raggiunti dal LEWIS, *The Trichotomy in Locatio Conductio*, cit., 164 ss. L'esame dei libri 32 *ad edictum* di Ulpiano, 34 *ad edictum* di Paolo, 10 *ad edictum provinciale* di Gaio, oltre che delle *institutiones* di quest'ultimo, non mostra una chiara sistematizzazione delle diverse ipotesi, e, d'altra parte, quand'anche essa fosse ravvisabile nei testi, non avremmo la sicurezza di una distinzione dogmatica delle fattispecie, potendo darsi l'ipotesi di una trattazione orientata per assetti d'interessi differenti sotto un profilo economico, ma interpretati unitariamente sotto un profilo giuridico. Lo stesso autore deve ammettere che dal suo esame risulta al massimo una consapevolezza di «factual distinctions» tra i rapporti, e che la divisione, anche a volerla ammettere, aveva per i giuristi romani «little or no analytical significance» (*ibid.*, 176 s.). Non mi pare possa condividersi neanche la proposta di F. P. BLANC, *Unité, bipartition ou tripartition de la locatio conductio*, in «Ann. Fac. Droit Lyon» 1975, 39 ss., di superare la tripartizione a favore di una bipartizione ('louage des choses - louage des services'). L'a. muove da una critica all'autonomia della *locatio operis*, che non si distinguerebbe dalla *locatio operarum* se non sotto il profilo della necessaria dazione della cosa. Tuttavia, se una tale ricostruzione ha il merito di rivalutare l'elemento dell'*opera* nella *locatio operis* (su cui cfr. *infra*, cap. VI § 2), d'altra parte essa a mio avviso dimentica che il tratto peculiare di quest'ultima figura è piuttosto la previsione di un 'risultato', assente nella *locatio operarum* (cfr. *infra*, cap. VI § 4).

[35] Critico in questo senso è anche G. CERVENCA, *In tema di 'locatio-conductio' (a proposito di un recente studio)*, in «Boll. Sc. dir. lav. Trieste» 25-26-27 (1963) (estr.), 6.

CAPITOLO PRIMO

DAI FORMULARI CATONIANI A QUINTO MUCIO

SOMMARIO: 1. Premessa. Le testimonianze più antiche sull'uso delle espressioni *locare* e *conducere* e il problema della terminologia nella ricostruzione della *locatio conductio* consensuale. — 2. L'inizio della tutela della locazione consensuale: i formulari catoniani. — 3. La *merces* come *frui* in Elio Gallo (D. 22. 1. 19 pr.). — 4. *Locatio conductio* e trasferimento del *dominium* in Quinto Mucio (D. 34. 2. 34 pr.).

1. PREMESSA. LE TESTIMONIANZE PIÙ ANTICHE SULL'USO DELLE ESPRESSIONI 'LOCARE' E 'CONDUCERE' E IL PROBLEMA DELLA TERMINOLOGIA NELLA RICOSTRUZIONE DELLA 'LOCATIO CONDUCTIO' CONSENSUALE.

I formulari catoniani costituiscono le prime attestazioni certe di una tutela del semplice consenso nei rapporti di locazione. Più precisamente, in essi, è dato cogliere il momento di passaggio da una fase in cui il rapporto locativo è ancora versato in una *verborum obligatio*, ad una fase intermedia in cui si utilizzano strumenti di garanzia indiretta (*satisdatio*, *pignus* sugli *invecta et inlata*), fino ad una terza fase di tutela del solo consenso[1].

Senonché gli stessi passi del *de agri cultura* pongono un problema che non può essere risolto se non attraverso una ricognizione — per quanto rapida — delle testimonianze precedenti. Infatti, poiché in ogni fase dello sviluppo risultante dai formulari il rapporto viene sempre indicato come *locare conducere*, viene naturale chiedersi se la terminologia del *locare conducere* sia nata o meno con il contratto di locazione consensuale, oppure se sia ad esso precedente[2].

---

[1] Cfr. *infra*, § 2.3 *sub* B.

[2] È appena il caso di dire che con ciò non si intende porre il problema della nascita dei termini *locare* e *conducere*: sull'etimologia e la risalenza dei vocaboli, mi limito a rinvia-

La questione non è di poco conto, perché il profilo terminologico — e in particolare il problema dell'inversione delle denominazioni delle parti del contratto nella cd. *locatio operis* (nella quale, com'è noto, contrariamente a quanto avviene nelle altre figure di *locatio*, è detto *locator* chi paga la *merces* e *conductor* chi realizza l'attività)[3] — ha

re a J. POKORNY, *Indogermanisches etymologisches Wörterbuch*, I, Bern - München 1949-1959, 220, 1019; A. WALDE - J. B. HOFMANN, *Lateinisches etymologisches Wörterbuch*, I[3], Heidelberg 1954, 377 s., 817 s.; A. ERNOUT - A. MEILLET, *Dictionnaire étymologique de la langue latine*[4], Paris 1959, 185 s., 364 s.; KAUFMANN, *Die altrömische Miete*, cit., 297 s. Piuttosto, l'interrogativo riguarda il momento storico in cui questi due vocaboli sono stati correlati fra loro per indicare i rapporti che sarebbero rientrati nella locazione consensuale. Sappiamo, infatti, che il verbo *locare* si è specializzato nella sua relazione-opposizione con *conducere*, perdendo quel senso materiale che in latino classico si è trasferito a *collocare* (cfr. Varr. *ling. Lat.* 5. 14 e Paul.-Fest. *verb. sign.* s.v. *locatum* [LINDSAY, 106]), e distinguendosi da verbi di senso simile, come ad es. *ponere*. E che lo stesso deve presumersi per *conducere* (su tutto ciò cfr. E. BENVENISTE, *Le vocabulaire des institutions indo-européennes*, Paris 1969 = *Il vocabolario delle istituzioni indoeuropee*, Torino 1976, 117 ss.).

[3] La dottrina più antica spiegava l'anomalia sostenendo che il *locator operis* è contemporaneamente *locator rei* e *conductor operarum*: questa soluzione si è trasmessa dai glossatori (cfr. per tutti AZONIS *Summa Codicis*, ad C. 4. 54 n. 2, ed. Venetiis 1572, 454) fino agli umanisti (cfr. DONELLI *De iure civili*, XIII. 6. 5, in *Opera*, cit., III, 818 s.), ai trattatisti italiani del seicento (cfr. per tutti P. PACIONI *De locatione et conductione*, I. 1. 23-24, ed. Coloniae Allobrogum 1689, 2), alla cd. giurisprudenza elegante olandese (cfr. per tutti Joh. VOETII *Commentarius ad Pandectas*, ad D. 19. 2, n. 6, ed. Coloniae Allobrogum 1769, I, 668), all'*usus modernus Pandectarum* (cfr. A. WEGENS *De locatione et conductione*, I. 10, ed. Lipsiae - Islebiae 1696, 4; G. A. STRUVII *Syntagma iuris civilis [cum additionibus P. Mülleri]*, exerc. XXIV ad D. 19. 2 *locati conducti*, § 3, ed. Francofurti - Lipsiae 1738, I, 1663; U. HUBERI *Praelectiones iuris civilis*, III. 25, ed. Neapoli 1784, I, 325; Chr. Fr. GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung der Pandecten*, XVII, Erlangen 1815, 267 ss. = *Commentario alle Pandette*, XIX, Milano 1891, 38 ss. [§ 1044]). Cfr. anche J. DOMAT, *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, I. 4 pr., ed. Paris 1777, 86 ss., e Io. G. HEINECCII *Elementa iuris civilis secundum ordinem Institutionum et Pandectarum*, in *Opera*, V, Genevae 1748, 330 (§ 320). L'unica eccezione è costituita dal Cujas, il quale riteneva che in tutti i casi fosse detto *locator* chi prende l'iniziativa del contratto, e *conductor* chi accetta: cfr. J. CUIACII *Observationes et emendationes*, in *Opera*, III, Neapoli 1758, 43 s.; *In libros Pauli ad edictum*, ad D. 19. 2. 20. 2, in *Opera*, cit., V, 522. D; ID., *Paratitla in libros IX Codicis*, ad C. 4. 65, in *Opera*, cit., II, 306. E, 307. C; ID., *In libros quaestionum Papiniani*, ad D. 19. 5. 1, in *Opera*, cit., IV, 175. B; ID., *In libros IV Codicis*, ad C. 4. 65, in *Opera*, cit., X, 1044. B. Una mediazione tra la prospettiva tradizionale e quella di Cujas è in R. J. POTHIER, *Pandectae Iustinianeae in novum ordinem digestae*, ad D. 19. 2, n. 15, ed. Lugduni 1782, I, 542, il quale afferma che il *locator operis* è *conductor operarum* e viceversa, e che la scelta delle azioni dipenderebbe dall'essere «magis locator» o «magis conductor»: per individuare questa preminenza sarebbe necessario vedere chi abbia preso l'iniziativa contrattuale.

Il primo tentativo di spiegazione del fenomeno in chiave storica è stato compiuto da Th. MOMMSEN, *Die römischen Anfänge von Kauf und Miete*, in «ZSS» 6 (1885) = *Gesammelte Schriften*, III, Berlin 1907, 132 ss.(ma cfr. già alcuni spunti, anche rispetto alle loca-

assunto, nelle ricostruzioni della dottrina dell'unitarietà, un ruolo portante, riassumendo in qualche modo l'intera teoria[4].

Si sostiene, infatti, che la terminologia mostrerebbe il ricorrere, in tutte le figure di locazione, del medesimo schema — che, come si è detto, assume a seconda delle ricostruzioni due diverse forme:

— per alcuni, *locator* sarebbe colui che dà materialmente (*locat*) una *res* — un fondo, le *operae*, i materiali per la realizzazione di un *opus* — ad un altro soggetto, detto *conductor*, il quale si obbligherebbe a restituirla (Arangio-Ruiz, Brasiello, Amirante)[5];

— per altri, *locator* sarebbe invece colui che 'affida' (*locat*) una determinata attività (realizzabile o meno su una *res*) al *conductor*, così denominato perché la 'porta a compimento' (Pinna Parpaglia, Vigneron)[6].

Ora, a me pare che, se fosse confermata l'origine preconsensuale della terminologia, non potrebbe continuarsi ad attribuire una tale importanza al vocabolario nella ricostruzione della locazione consensuale. È chiaro, infatti, che se si accertasse che i verbi *locare* e *conducere* erano utilizzati per indicare rapporti economici preesistenti alla nascita del contratto consensuale, non potrebbe in alcun modo soste-

---

zioni censorie, in DEGENKOLB, *Platzrecht und Miethe*, cit., 134 ss., che però per la terminologia segue Cujas: cfr. *ibid.*, 132 e nt. 2.), il quale, com'è noto, ipotizzava che all'origine dell'inversione terminologica fosse la derivazione delle locazioni private da quelle pubbliche: in queste ultime, gli *apparitores* venivano *conducti* dal magistrato, il quale poi 'locava' i terreni pubblici, le opere pubbliche da costruire, le imposte da appaltare. La soluzione — accolta da C. FERRINI, *Manuale di Pandette*[4], Milano 1953, 535; P. F. GIRARD, *Manuel élémentaire de Droit romain*[8], Paris 1929, 604; C. LONGO, *La locatio-conductio*, cit., 4 s.; U. VON LÜBTOW, *Catos leges venditioni et locationi dictae*, in «EOS» 48 (1956) (*Symbolae R. Taubenschlag*, III) 229 ss., 241 ss.; F. CANCELLI, *L'origine del contratto consensuale di compravendita nel diritto romano*, Milano 1963, 1 ss. (sul cui rapporto con la dottrina del Mommsen cfr. però F. GALLO, *In tema di origine della compravendita consensuale*, in «SDHI» 30 [1964] 303 s. e nt. 18) —, che si fondava sostanzialmente solo su un'intuizione difficile da dimostrare, è ormai generalmente abbandonata.

[4] Ed acquista, all'interno di essa, un rilievo tale da indurre a ipotizzare che sia stata proprio la differente denominazione delle parti a costituire la prima ispirazione per i suoi sostenitori : cfr., in particolare, BRASIELLO, *L'unitarietà* (1927), cit., 531 ss.

[5] Cfr. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*[14], cit., 346; BRASIELLO, *L'unitarietà* (1927), cit., 531 ss., 547 ss.; AMIRANTE, *Ricerche*, cit., *passim*. La complessissima teoria del BECHMANN, *Der Kauf*, cit., I, 428 ss. (su cui cfr. *supra*, Intr. nt. 3), non ha avuto seguito, se non nelle pagine del BURCKHARDT, *Zur Geschichte der locatio conductio*, cit., 31 ss. (il quale critica invece l'ipotesi del Mommsen: cfr. *ibid.*, 16 ss., 26 ss.).

[6] Cfr. PINNA PARPAGLIA, *Vitia ex ipsa re*, cit., 107 ss., 128 ss.; VIGNERON, *La conception originaire de la 'locatio conductio' romaine*, cit., 513 s.

nersi l'esistenza di un rapporto strutturale necessario tra i termini e il contratto. E dunque cadrebbe uno degli argomenti fondamentali delle attuali teorie dell'unitarietà.

Vale dunque la pena di verificare, sia pur velocemente, le evenienze di *locare* e *conducere* che potrebbero appartenere a contesti preconsensuali.

a) La più antica attestazione del termine *locare* in un contesto giuridicamente rilevante appare essere la descrizione, compiuta da Gaio nelle sue *institutiones*, di una norma decemvirale[7] che accordava la *pignoris capio* nei confronti di chi avesse acquistato una vittima sacrificale e non ne avesse pagato il prezzo, nonché nei confronti di colui al quale fosse stato locato un *iumentum*, e che non avesse pagato la *merces* all'altra parte, la quale intendesse impiegare la somma ricevuta *in dapem*, ossia in un sacrificio[8].

Naturalmente, noi non sappiamo entro quali limiti possa essere rinvenuto, nella citazione gaiana, il testo decemvirale. Potrebbe darsi che Gaio abbia riproposto in una forma linguistica a lui più consueta i termini incontrati nella sua fonte. Ma vi sono indizi, nel passo, per ipotizzare che Gaio abbia mantenuto il linguaggio del testo decemvirale (così come gli era giunto)[9]. Innanzitutto, va rilevato che di molte espressioni contenute nel brano (*daps*[10],

---

[7] R. G. BÖHM, *Wie genau zitiert Gaius multiple Gesetze?*, in *Atti Accademia Romanistica Costantiniana*, III, Perugia 1979, 93, ritiene che Gaio possa aver citato insieme norme appartenenti a tavole differenti, ma il problema è per noi di scarso rilievo.

[8] *Tab*. 12. 1 = Gai. 4. 28: *lege autem introducta est pignoris capio velut lege XII tabularum adversus eum, qui hostiam emisset nec pretium redderet; item adversus eum, qui mercedem non redderet pro eo iumento, quod quis ideo locasset, ut inde pecuniam acceptam in dapem, id est in sacrificium, inpenderet.*

[9] In generale, anche se è indubitabile che le citazioni delle XII tavole sono sempre rielaborazioni successive del dettato originario, realizzate anche in più fasi (cfr., ad es., quanto rilevato da O. DILIBERTO, *Materiali per la palingenesi delle XII tavole*, I, Cagliari 1992, 97 ss., a proposito di *tab*. 5. 3), vi sono elementi per ipotizzare un certo conservatorismo nella tradizione del testo. In particolare, sembra che le forme linguistiche arcaiche siano state conservate nelle strutture sintattiche (cfr. per tutti G. DEVOTO, *Storia della lingua di Roma*[2], Bologna 1944, 72 s.; F. STOLZ - A. DEBRUNNER - W. P. SCHMID, *Geschichte der lateinische Sprache*[4], Berlin 1966 = *Storia della lingua latina*[4], Bologna 1993, 59 s.; A. MEILLET, *Esquisse d'une histoire de la langue latine*[7], Paris 1966, 118 s.). Probabilmente anche per il testo decemvirale può essere ripetuto quanto rilevato da S. TONDO, *Leges regiae*, Firenze 1973, *passim*, spec. 56 ss., 64 s., rispetto alle *leges regiae*.

[10] *Daps* è espressione che già Verrio Flacco, in età augustea, spiegava come un arcaismo (cfr. Paul.-Fest. *verb. sign.* s.v. *daps* [LINDSAY, 59]), e che appartiene al più antico vocabolario dello *ius sacrum* (cfr. per tutti MEILLET, *Esquisse d'une histoire de la langue latine*[7], cit., 78, e soprattutto BENVENISTE, *Vocabolario*, cit., 55 s.; 454 ss.).

pecunia[11], *iumentum*[12], *pretium*[13], *merces*[14], *emere*[15]) è attestata una notevole risalenza, e talora un uso tecnico all'interno del vocabolario sacerdotale[16]. In

---

[11] *Pecunia* ha, al tempo di Gaio, il significato di 'denaro', ma nello *ius sacrum* aveva valore di 'offerta sacrificale di vegetali' (cfr. Veran. *pont. quaest.* fr. 13 BREMER = Fest. *verb. sign.* s.v. *pecunia sacrificium* [LINDSAY, 286]; per l'attribuzione del frammento ai *libri pontificalium quaestionum* di Veranio, cfr. R. REITZENSTEIN, *Verrianische Forschungen*, Breslau 1887, 49, 53, e F. BONA, *Contributo allo studio della composizione del 'de verborum significatu' di Verrio Flacco*, Milano 1964, 94 e nt. 151, con bibliografia; cfr. anche Paul.-Fest. *verb. sign.* s.v. *pecunia sacrificium* [LINDSAY, 287]); anzi, in Catone il termine figura proprio in questa più antica accezione, a proposito di una *daps* nella quale si sacrifica della *pecunia assaria* (ossia del valore di un asse): Cat. *agr.* 132. 2: *daps Iovi assaria pecunia urna vini.* Il collegamento tra i due passi (di Veranio e di Catone) è stato compiuto dapprima dal MAYER-MALY, *Locatio conductio*, cit., 16 e nt. 9, ma è stato criticato da P. VOCI, in «SDHI» 23 (1957) 373, sulla scorta dell'ipotetica lezione *pecuina*, preferita da alcuni editori al tràdito *pecunia* (cfr. ad es. W. D. HOOPER - H. B. ASH, *Marcus Porcius Cato. On Agriculture*², Cambridge [Mass.] - London 1954, 112) ipotizzando un errore nei manoscritti (cfr. P. THIELSCHER, *Des Marcus Cato Belehrung über die Landwirtschaft*, Berlin 1963, 316: «in gotischer Minuskel ist beides, *pecunia* und *pecuina* fast ununterscheidbar») sulla scorta dell'evidente impossibilità di sacrificare denaro — anche perché *assarius* viene letto come derivato da *assus*, 'arrostito' (cfr. G. WISSOWA, *Religion und Kultus der Römer*², München 1912, 410 e nt. 10; THIELSCHER, *loc. ult. cit.*). Ma di recente, sulla scorta del rapporto con Fest. *verb. sign.* s.v. *pecunia sacrificium* (LINDSAY, 286) e Paul.-Fest. *verb. sign.* s.v. *daps* (LINDSAY, 59), si è preferito pensare ad offerte vegetali valutate per il valore di un *as*, ossia attribuendo ad *assarius* il suo significato più comune (cfr. K. LATTE, *Römische Religionsgeschichte*, München 1960, 375 e nt. 1; KAUFMANN, *op. cit.*, 41 s. e nt. 136; nonché, di recente, J. RAMMINGER, *Pecunia*, in *Thesaurus linguae Latinae*, X. 1, Leipzig 1991, 935; M. HILLEN, *Pecuinus*, *ibid.*, 921; peraltro, qualora si accettasse questa lettura, più conservativa, del testo di Catone, potrebbe anche comprendersi meglio l'uso, in Gai. 4. 28, del verbo *impendere*, che indica una spesa 'pesata'). Forse potremmo pensare che nel versetto decemvirale fosse quest'ultimo il valore originario, magari reinterpretato da Gaio nel significato più recente: così KAUFMANN, *Die altrömische Miete*, cit., 38 ss. Al contrario, per M. VOIGT, *Die XII Tafeln*, I, Leipzig 1883, 503, G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*. I. *Le 'legis actiones'*, Roma s.d. (corso 1961-1962), 326, e M. TALAMANCA, *Processo civile (diritto romano)*, in «ED» XXXVI, Milano 1987, 22 nt. 141, si tratterebbe di *merces* in denaro spesa per la contribuzione al sacrificio.

[12] *Iumentum* è usato con certezza in altre norme decemvirali (*tab.* 1. 3 = Gell. 20. 1. 25; *tab.* 7. 7 = Fest. s.v. *viae* [LINDSAY, 508]), ed è attestato, per il VI sec. a.C., dal cippo del Foro (CIL, I², 367 = FIRA, I, 19 s.: *iouxmenta*); peraltro, come ricordava Africano (in Gell. 20. 1. 28: sulla lunga testimonianza di Gellio e sulla identificazione di *Sextus Caecilius* con il giurista Africano, mi limito a rinviare a DILIBERTO, *Materiali*, cit., 159 ss.), nel linguaggio delle XII tavole con questo termine si indicava non soltanto l'animale da soma, ma anche il carro (cfr. anche Varr. *ling. Lat.* 5. 135).

[13] *Pretium* compare per la prima volta nelle fonti letterarie in Liv. Andr. *Achill.* fr. 1 (RIBBECK, I, 1), dunque in un testo della metà del III sec. a.C., ma il composto *manupretium* potrebbe attestare un'alta risalenza del termine già nel significato classico: cfr. KAUFMANN, *Die altrömische Miete*, cit., 161 ss.

[14] *Merces*, nel derivato *Mercedinus / Mercedonius*, era vocabolo ritenuto antico già alla fine della repubblica da L. Cinc. *fast.* fr. 5 BREMER = Lyd. *mens.* 4. 92, essendo usato

secondo luogo, è significativo che Gaio si sia posto il problema di chiarire i termini desueti come *daps*, perché ciò mostra in tutta evidenza una certa preoccupazione di fedeltà al testo. Insomma: non è impossibile che il termine *locare* comparisse già nel testo delle XII tavole[17].

Nel passo sembrerebbe che il verbo *locare* sia utilizzato per indicare un contesto economico non dissimile da quelli che ricadranno nella locazione consensuale. Non solo Gaio non coglie differenze tra l'uso decemvirale del termine e quello corrente ai suoi tempi, ma la distinzione con il verbo *emere* — che si riferisce ad un animale sacrificale (*hostia*), e dunque implica necessariamente un acquisto a titolo definitivo — parrebbe implicare, per *locare*, un'attribuzione a titolo non definitivo[18]: è indicativo che non sia il *iumentum* ad essere sacrificato, ma la *pecunia* ricavata dalla locazione[19].

---

dai *veteres* per il mese di novembre, e — secondo la tradizione — sarebbe stato introdotto nel calendario di Numa (Plut. *Numa*, 18. 3; *Caes*. 59. 3). Secondo il KAUFMANN, *Die altrömische Miete*, cit., 156 ss., *Mercedonius* testimonierebbe un originario valore di *merces* come corrispettivo in frutti, ma cfr. P. VOCI, in «SDHI» 31 (1965) 398.

[15] *Emere* è testimoniato dal composto *coemptio* addirittura in età predecemvirale, e da una testimonianza di Aristone siamo informati del fatto che l'espressione *emptio* era utilizzata nelle XII tavole ad indicare genericamente ogni *alienatio*: Arist. fr. 67 LENEL = Pomp. 18 *ad Q. Muc.* D. 40. 7. 29. 1: ... *lex duodecim tabularum emptionis verbo omnem alienationem complexa videretur* (cfr. anche *tab*. 7. 11 = Inst. 2. 1. 41 e *tab*. 7. 12 = Tit. Ulp. 2. 4). Peraltro, nel testo decemvirale compariva con certezza anche il verbo *vendere* nella forma *venum dare*: cfr. *tab*. 4. *2b* (= Gai. 1. 132): *si pater filium ter venum du[uit] filius a patre liber esto* (cfr. Gai. 4. 79; Tit. Ulp. 10. 1; nonché *tab*. 3. 5 = Gell. 20. 1. 47: ... *trans Tiberim peregre venum ibant*).

[16] Il profilo rileva perché è probabile che la tutela mediante *pignoris capio* fosse determinata non dal fatto che i rapporti dessero vita a un *oportere* civilistico (così PUGLIESE, *Il processo civile romano*, cit., I, 326; TALAMANCA, *Processo civile*, cit., 22 nt. 141; ID., *Vendita [diritto romano]*, in «ED» XLVI, Milano 1993, 305 nt. 15), bensì dal fine sacrale del negozio (cfr. PUGLIESE e TALAMANCA, *loc. ult. cit.*). Non mi sembra però che vi siano ragioni per giustificare la terminologia del *locare* con tale fine sacrale — come si potrebbe pensare seguendo la ricostruzione di M. KASER, *Das altrömische Ius. Studien zur Rechtsvorstellung und Rechtsgeschichte der Römer*, Göttingen 1949, 206 e 297 s.; cfr. ID., *Das römische Privatrecht*, cit., I², 546 nt. 5; 564 nt. 10; M. KASER - K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht²*, München 1996, 147 nt. 14 —: per quale motivo l'uso del termine dovrebbe essere giustificato in ambito 'pubblico-sacrale' e non in ambito privatistico?

[17] Cfr. in questo senso KAUFMANN, *Die altrömische Miete*, cit., 234.

[18] Tutto ciò, naturalmente, solo in via tendenziale, posto che abbiamo testimonianze posteriori di un uso di *locare* nel senso di dazione definitiva (cfr. il *locare conducere agnos caedundos* di Plaut. *aul*. 567-568 e *capt*. 818-819), e un uso di *emere* che si confonde con quello di *conducere* (cfr. particolarmente le locazioni pubbliche, su cui *infra*).

[19] La connessione di entrambe le fattispecie con il sacrificio — che forse determinava la tutela mediante *pignoris capio* (cfr. *supra*, nt. 16) — si disegna infatti in modo diverso

b) La terminologia del *locare* e del *conducere* ricorre anche — e con maggiore certezza — nelle commedie di Plauto[20].

---

a seconda dei casi: nell'*emere*, è colui che acquista l'animale ad avere come scopo il sacrificio; nel *locare*, è invece colui che dà l'animale (o il carro). Le ragioni di una simile diversità non appaiono immediatamente chiare. Se ci trovassimo di fronte ad un testo giurisprudenziale, o anche ad un provvedimento legislativo di natura originariamente giurisdizionale, quale ad esempio erano probabilmente le *leges regiae*, potremmo immaginare che le due ipotesi siano state così disegnate in aderenza ad una fattispecie concreta, che il responso o la *lex* avessero provveduto a regolare. Ma un simile ragionamento non è applicabile alle norme decemvirali. Queste mostrano di aver già acquisito caratteri di generalità ed astrattezza tali da indurre a leggere i due casi dell'*emere* e del *locare* come ipotesi volutamente paradigmatiche. Se così è, però, dovremo concludere che, rispetto al *locare*, il legislatore non potesse pensare neanche in ipotesi ad una destinazione del *iumentum* locato al sacrificio: una tutela del *locare hostiam* è totalmente assente. Al contrario, rispetto all'*emere*, evidentemente si poteva senz'altro qualificare l'animale come *hostia*, ossia come vittima sacrificale.

[20] Com'è noto, sono stati espressi molti dubbi sulla possibilità di attribuire valore alle testimonianze plautine per la ricostruzione della storia del diritto romano, e in particolare rispetto alla loro utilizzabilità per lo studio dei contratti consensuali. Nel secolo scorso e nei primi anni di questo si tendeva a fare affidamento su tali fonti — cfr. soprattutto E. I. BEKKER, *De emptione et venditione quae Plauti fabulis fuisse probetur*, Berolini 1853, 3 ss.; ID., *Die römischen Komiker als Rechtszeugen*, in «ZSS» 13 (1892) 53 ss., spec. 99 ss.; G. DEMELIUS, *Plautinische Studien*. III. *Consensual- und Realcontract*, in «ZRG» 2 (1863) 177 ss., spec. 189 ss.; E. COSTA, *Il diritto romano privato nelle comedie di Plauto*, Torino 1890, spec. 21 ss.; L. PERNARD, *Le droit romain et le droit grec dans le théâtre de Plaute et de Térence*, Lyon 1900, *passim*, spec. 27; M. BERCEANU, *La vente consensuelle dans les comédies de Plaute*, Paris 1907, *passim*, spec. 7 ss. e 129 ss. — e si riteneva, sulla scorta del mero dato terminologico, che i rapporti descritti da Plauto fossero riconducibili alla *locatio conductio* consensuale, addirittura «in allen seinen drei Anwendungen als Sachmiethe, Dienstmiethe, Werkbestellung» (così DEMELIUS, *op. ult. cit.*, 189; cfr. anche COSTA, *op. ult. cit.*, 374; proprio a proposito di Plaut. *aul.* 455 [su cui cfr. *infra*, nt. 24], cfr. PERNICE, *Zur Vertragslehre der römischer Juristen*, cit., 246 nt. 4; MAYER-MALY, *Locatio conductio*, cit., 82 s.). Ma il più recente orientamento della dottrina induce ad una maggiore prudenza nell'analisi delle *fabulae* plautine. Anche non volendo aderire alla posizione di quegli studiosi che ne escludono del tutto l'utilizzabilità (cfr. W. M. GREEN, *Greek and Roman Law in the Trinummus of Plautus*, in «CPh» 24 [1929] 192 ss.; Fr. SCHULZ, *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft*[2], Weimar 1961, 86 = *Storia della giurisprudenza romana*, Firenze 1968, 137; L. LABRUNA, *Plauto, Manilio, Catone: premesse allo studio dell''emptio' consensuale*, in «Labeo» 14 [1968] 24 ss.), occorre almeno tener conto della necessità, sottolineata dalla dottrina maggioritaria, di verificare con cautela e di volta in volta la possibilità che Plauto riproduca istituti non di diritto romano, ma di diritto greco: cfr., in questo senso, innanzitutto F. LEO, *Plautinische Forschungen zur Kritik und Geschichte der Komödie*, Berlin 1895, *passim*, spec. 123 ss. (ma cfr. già, sostanzialmente, R. DARESTE, *Le droit romain et le droit grec dans Plaute* [1892, 1900], in *Études d'histoire du droit*[2], Paris 1926, 149 ss.); seguono questa impostazione, pur con singole soluzioni di volta in volta differenti, anche O. FREDERSHAUSEN, *De iure Plautino et Terentiano*, Gottingae 1906, *passim* (cfr. anche ID., *Weitere Studien über das Recht bei Plautus und Terenz*, in «Hermes» 47 [1912] 199 ss.); J. PARTSCH, *Römisches und griechisches Recht in Plautus Persa*, in «Hermes» 25

L'uso dei due verbi e dei vocaboli correlati nella 'Umgangssprache' dei secoli III-II a.C. è già abbastanza significativo per concludere che la terminologia del *locare conducere* era utilizzata per indicare rapporti economici analoghi a quelli testimoniati per la locazione consensuale[21]. Ma naturalmente è difficile affermare con sicurezza quale veste giuridica assumessero questi rapporti. Se è vero che vi sono testimonianze per una tutela dell'*emptio venditio* consensuale già agli inizi del II sec. a.C.[22], tuttavia dai passi di Plauto, e limitata-

---

(1910) 595 ss.; Fr. PRINGSHEIM, *Der Kauf mit fremden Geld*, Leipzig 1916, 34 ss.; ID., *The Greek Law of Sale*, Weimar 1950, 419; M. TALAMANCA, *L'arra della compravendita in diritto greco e in diritto romano*, Milano 1953, 47 ss.; ID., *Contributi allo studio delle vendite all'asta nel mondo classico*, Roma 1954, 108 ss. (l'a. sembrerebbe maggiormente incline alla prospettiva più critica in ID., *La tipicità dei contratti romani tra 'conventio' e 'stipulatio' fino a Labeone*, in AA.VV., *'Contractus' e 'pactum'. Tipicità e libertà negoziale nell'esperienza tardo-repubblicana* [Atti Copanello, 1988], Napoli 1990, 50 nt. 54, e ID., *Vendita*, cit., 310 nt. 65); F. DE MARTINO, *I 'quadruplatores' nel Persa di Plauto*, in «Labeo» 1 (1955) = *Scritti di diritto romano. I. Diritto e società nell'antica Roma*, Roma 1979, 477 ss.; U. E. PAOLI, *Comici latini e diritto attico*, Milano 1962 = *Altri studi di diritto greco e romano*, Milano 1976, 31 ss. (che cito per tutti; ma cfr. i numerosi altri studi sul tema nella medesima raccolta); C. St. TOMULESCU, *La 'mancipatio' nelle commedie di Plauto*, in «Labeo» 17 (1971) 284 ss., spec. 291 (cfr. anche ID., *Observations sur la terminologie juridique de Plaute*, in *Sodalitas A. Guarino*, VI, Napoli 1984, 2771 ss.); G. ROTELLI, *Ricerca di un criterio metodologico per l'utilizzazione di Plauto*, in «BIDR» 75 (1972) 97 ss.

[21] E ciò indipendentemente dal fatto che, con ogni probabilità, l'autonomia del commediografo romano dai suoi modelli greci si riduceva ai dettagli, in quanto ogni mutamento sostanziale della trama avrebbe portato alla riscrittura di una commedia nuova (cfr. TALAMANCA, *L'arra della compravendita*, cit., 48). Cfr. Plaut. *amph.* 288: *conducere scortum*; *aul.* 251: *locare aliquem castrandum*; 280-281: *conducere coquos tibicinasque*; 448 e 457: *conductus esse*; 455: *conducere operam*; 567: *conducere agnum caedundum* (ma cfr. *infra*); 568: *locare agnum ecferendum*; *Bacch.* 1096-7: *conducere meretricem*; *cist.* 319: *conducere aedem*; *curc.* 464: *ornamenta locare*; *Epid.* 313, 315, 317, 372, 417 e 500: *conducere fidicinam*; *merc.* 560: *conducere aedem*; 663: *conducere praecones*; 697, 743, 747, 758: *conducere coquos*; *mil.* 949: *conducere latrones*; *pseud.* 1184: *conducere clamydem*; 1192: *te conducere*; *rud.* 57: *conducere navem*; 535: *se locare*; *trin.* 765: *conducere hominem*; 815: *conducere sycophantam*; 843-844: *operam suam locare*; 853: *me conducere*; *vid.* 21: *conducere operarium*; 27: *(se) locare*. I passi sono stati raccolti e commentati prima dal DEMELIUS, *Plautinische Studien*, cit. 189 ss. (seguito dal COSTA, *Il diritto romano privato nelle comedie di Plauto*, cit., 373 ss.) e poi dall'AMIRANTE, *Ricerche*, cit., 22 ss.; cfr. anche, ma senza sostanziali novità, PINNA PARPAGLIA, *Vitia ex ipsa re*, cit., 121 ss.

[22] Disponiamo, com'è noto, di una testimonianza di Sesto Elio (Sex. Ael. *trip.* fr. 1 LENEL = Cels. 8 *dig.* D. 19. 1. 38. 1; sul passo in relazione alle *obligationes consensu contractae*, mi limito a rinviare al TALAMANCA, *Vendita*, cit., 310 s. e nt. 67), che è stato console del 198 a.C. (cfr. T. R. S. BROUGHTON, *The Magistrates of the Roman Republic*, I, New York 1951, 330, e F. D'IPPOLITO, *I giuristi e la città. Ricerche sulla giurisprudenza romana della repubblica*, Napoli 1978, 53 ss., spec. 55; questa data dovrebbe essere presa, almeno rispetto al *responsum* di Sesto Elio, come *terminus a quo*, in quanto, come ha rile-

mente alla *locatio conductio*, non riceviamo elementi certi in questa direzione[23]. Da un lato, l'unica testimonianza plautina relativa a una tutela dei rapporti denominati con *locare* e *conducere* si riferisce al processo *per legis actiones*[24], il che — stando alle ricostruzioni più re-

---

vato il TALAMANCA, *Vendita*, cit., 310 nt. 66, in questo periodo l'*auctoritas* derivante dall'esercizio delle magistrature superiori era ancora premessa per la legittimazione a *respondere de iure*; ma, come riconosce il medesimo a. [*op. ult. cit.*, 311], la problematica discussa nel passo è sufficientemente complessa da presupporre «qualche anteriore sviluppo»), ossia nel periodo in cui Plauto scriveva: le proposte di datazione delle commedie plautine riportate in M. SCHANZ - C. HOSIUS, *Geschichte der römischen Literatur*, I[4], München 1966, 58 ss. vanno dal 212 a.C. dell'*asinaria* al 184 a.C. della *casina*.

[23] Anche se per parte della dottrina (cfr. TALAMANCA, *La tipicità dei contratti romani*, cit., 56), non esistono ragioni per non immaginare un quadro simile all'*emptio venditio* anche per la *locatio conductio*. L'affermazione del COSTA, *Il diritto romano privato nelle comedie di Plauto*, cit., 383, per il quale la locazione apparirebbe, in Plauto, già nella sua veste consensuale, non è accompagnata — nell'esposizione dell'a. — da nessuna fonte, e mi pare immotivata.

[24] In un brano dell'*aulularia*, il vecchio avaro Euclione riprende rudemente i cuochi assunti per un banchetto, ricordando loro che sono pagati per cucinare e non per chiacchierare; e quando il cuoco Congrione minaccia di chiedere una *merces* per le percosse ricevute, proprio perché è stato assunto per cucinare, e non per essere picchiato, Euclione conclude *lege mecum agito* (Plaut. *aul.* 455-458: EU. *intro abite, opera huc conducta est vostra, non oratio.* / CO. *heus, senex, pro vapulando hercle ego aps te mercedem petam.* / *coctum ego, non vapulatum, dudum conductum fui.* / EU. *lege mecum agito*). Il testo può essere considerato affidabile ai fini di una ricostruzione storico-giuridica, perché se l'ambientazione entro cui si colloca la scena è verisimilmente greca — è ellenico, e non romano, il costume di prendere a nolo i cuochi in occasioni di festa: cfr. E. FRAENKEL, *Plautinisches im Plautus*, Berlin 1922 = *Elementi plautini in Plauto*, Firenze 1960, 409 s.; PAOLI, *Comici latini e diritto attico*, cit., 54 s. —, d'altra parte l'espressione *lege agito* (che ricorre anche in Plaut. *merc.* 1019; *mil.* 453) è difficilmente spiegabile in un contesto diverso da quello romano. Sembra dunque preferibile ritenere, con la maggioranza della dottrina, che la locuzione contenga un rinvio al processo *per legis actiones*: cfr. A. EHRHARDT, *Litis aestimatio in der Zeit vor den leges Juliae iudiciariae*, in «ZSS» 55 (1935) 76 nt. 1; MAYER-MALY, *Locatio conductio*, cit., 83; TOMULESCU, *Observations sur la terminologie juridique de Plaute*, cit., 2777; B. ALBANESE, *Il processo privato romano delle 'legis actiones'*, Palermo 1987, 13 e nt. 16 (l'espressione non sarebbe tecnica per A. WATSON, *The Law of Obligations in the Later Roman Republic*, Oxford 1965, 101 nt. 1). Piuttosto, non è agevole l'interpretazione del rapporto sostanziale sottostante. Potrebbe innanzitutto dubitarsi che il *lege agere* si riferisca al *conducere*: il MAYER-MALY, *Locatio conductio*, cit., 82 s., ad esempio, ha ritenuto che l'invito di Euclione ad agire in giudizio fosse determinato dalla sicurezza di vincere la causa perché il cuoco sbaglia nel qualificare *merces* una 'Schadenersatzforderung' (oppure — ma l'a. lo ritiene meno probabile — perché non vi è alcuna *legis actio* a tutela di una 'Dienstmiete': *ibid.*, 83). Tuttavia, interpretando in questo modo il testo, non solo si ridimensiona la portata della battuta — che probabilmente potrebbe essere compresa solo da un pubblico di giuristi —, ma si rischia di perdere il senso dell'ironia plautina. Il gioco di parole alla base dello scambio di battute ruota, infatti, su una serie di doppi sensi tra una situazione reale, che risponde ad un assetto di interessi

centi ed autorevoli — parrebbe escludere che possa pensarsi ad una tutela del semplice consenso[25]. Dall'altro, la terminologia utilizzata dal commediografo sembra indicare che in quest'epoca non si fosse ancora realizzata una chiara differenziazione tra *vendere emere* e *locare conducere*, cosa che appare inconciliabile con l'esistenza di un vero e proprio *iudicium locati* e *conducti*[26].

---

giuridicamente sensato, e una situazione paradossale, in cui il linguaggio giuridico viene utilizzato per descrivere assetti di interessi inverosimili. Dapprima Euclione richiama i cuochi affermando che è *conducta* la loro *opera*, e non la loro *oratio*; poi Congrione risponde di essere stato *conductum* per cucinare (*coctum*), e non per essere picchiato (*vapulatum*), e che pertanto, rispetto alle percosse (*pro vapulando*), avrebbe chiesto una *merces*; infine, Euclione chiude il discorso invitando il cuoco a *lege agere* contro di lui. In realtà, Euclione non crede nemmeno per un istante che Congrione agisca davvero in giudizio per un rapporto inverosimile come una *conductio* finalizzata alle percosse; semplicemente, il vecchio risponde a tono proseguendo la metafora. Ma è importante che alla *conductio*, per quanto assurda, sia fatta corrispondere, pur se scherzosamente, la procedura per *legis actiones*, e non il *iudicium locati*. Più in generale, già il COSTA, *Il diritto romano privato nelle comedie di Plauto*, cit., 431 — che pure riteneva che già al tempo di Plauto il contratto di locazione fosse rivestito di apposita azione (*ibid.*, 388) — deve ammettere che «in Plauto il sistema processuale delle *legis actiones* è ... ancora quello che domina», e che le tracce del processo formulare si limitano all'uso, in alcune locuzioni, dei *concepta verba*.

[25] È noto che vi sono teorie per le quali una prima tutela dei contratti consensuali sarebbe stata attuata attraverso la *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*: cfr. per tutti, pur se variamente, KASER, *Das altrömische Ius*, cit., 289 ss.; VON LÜBTOW, *Catos leges*, cit., 417 ss.; G. BROGGINI, *Iudex arbiterve. Prolegomena zum Officium des römischen Privatrichters*, Köln-Graz 1957, 189 ss., 227 ss. Queste ipotesi si legano per lo più alla teoria secondo la quale il processo formulare si sarebbe sviluppato all'interno delle *legis actiones* (cfr., al riguardo, TALAMANCA, *Processo civile*, cit., 26 e nt. 176); ma la dottrina maggioritaria ritiene oggi che la tutela dei *bonae fidei iudicia* — pur nella possibilità di un percorso non unitario — sia strettamente connessa alla nascita delle *formulae*: cfr. per tutti TALAMANCA, *La tipicità dei contratti romani*, cit., 44 e nt. 34; ID., *Società (dir. rom.)*, in «ED» XLII, Milano 1990, 818; ID., *Vendita*, cit., 305. Naturalmente, altro problema è se la *locatio conductio* sia nata nella *iurisdictio peregrina* o *urbana*: cfr. per tutti TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 580 e 594.

[26] Ciò risulta non tanto dai casi in cui si ha una utilizzazione di *locare conducere* in fattispecie che, alla luce degli schemi giuridici successivi, richiederebbero piuttosto l'uso di *emere vendere* — come il *locare conducere agnos caedundos* di Plaut. *aul.* 567-568 e *capt.* 818-819 (che in entrambi i brani l'uso dei verbi non sia influenzato dall'originale greco è certo: rispetto al secondo passo, il FRAENKEL, *Elementi plautini in Plauto*, cit., 124 ss., 408 ss., seguito dal ROTELLI, *Ricerca di un criterio metodologico per l'utilizzazione di Plauto*, 110 ss., ha rilevato che la figura del *lanius* non ha un equivalente in ambito greco, né corrisponde alla realtà attica la dieta carnea che figura spesso in Plauto e in questi stessi versi; e le motivazioni che inducono a vedere nel brano dei *captivi* un 'ampliamento di dialogo' dovuto al commediografo romano — su cui, in generale, cfr. FRAENKEL, *op. ult. cit.*, 105 ss. — valgono anche per il passo dell'*aulularia*). Infatti, rispetto a queste ipotesi — la cui peculiarità era stata notata già da Non. Marc. *comp. doctr.* s.v. *conducere* (LINDSAY, 420 s.) — potremmo pensare semplicemente ad una diversa qualificazione giuridica dei rapporti,

Questi dati non offrono risultanze certe. Ma anche il semplice dubbio che la terminologia del *locare conducere* fosse precedente la nascita dei contratti consensuali, induce a concludere che:

— in primo luogo, è possibile che l'uso 'consensuale' di tali termini sia consistito in uno sviluppo semantico coerente con il valore economico 'preconsensuale' degli stessi. È possibile, cioè, che l'affermazione della tutelabilità dei rapporti nati sulla base di una mera prestazione di consenso si sia limitata a porre in primo piano l'assetto economico di interessi (*emere vendere, locare conducere*) prima 'nascosto' nella veste negoziale (*mancipatio* o *stipulatio*) assunta dal rapporto[27], senza innovare nella terminologia. In tal caso, allora, dovrebbe concludersi che, come è avvenuto in altri ambiti, la 'Sondersprache' dei giuristi ha attinto alla 'Gemeinsprache'[28];

— in secondo luogo, se le espressioni *locare, conducere, locator, conductor* erano usate in contesti che non conoscevano ancora i contratti consensuali, non può certo pretendersi di ricostruire la rappresentazione romana della *locatio conductio* consensuale partendo dalla

e non ad una indistinzione dogmatica e processuale tra i due contratti, come invece ritiene il KAUFMANN, *Die altrömische Miete*, cit., 188, 220 s., 244 s., 301 s., 303 ss. Piuttosto, una effettiva indistinzione tra le due figure appare chiara nelle ipotesi di uso indifferente delle une o delle altre espressioni all'interno del medesimo contesto — come quando si parla di *emere vendere operam* (Plaut. *Epid.* 120; *mil.* 1076) accanto a *locare conducere operam* (Plaut. *aul.* 455; *rud.* 843-844). Poiché una simile promiscuità è incompatibile con l'esistenza di distinte *actiones empti venditi* e *locati conducti*, sembrerebbe doversi concludere che in quest'epoca, con *emere vendere* e *locare conducere*, si indicassero negozi parzialmente differenziati sul piano economico ma che potevano essere realizzati entrambi con gli stessi strumenti giuridici — quali, ad esempio, una *stipulatio* —, ricevendo la medesima tutela.

[27] Il che mi sembra peraltro accordarsi con quanto aveva notato P. FREZZA, *Ius gentium*, in «RIDA» s. I, 2 (1949) (*Mélanges F. De Visscher*, I) 273, circa il fatto che le denominazioni dei negozi consensuali (*emptum venditum, locatum conductum, mandatum, societas*) sono tutte «denominazioni funzionali, rispondenti all'esigenza di colpire e di chiarire il significato economico, prima che giuridico, del rapporto», opposte alle denominazioni di negozi arcaici come *mancipatio, in iure cessio, sponsio*, ecc., in cui il nome del negozio è tratto «dalla descrizione di un momento del cerimoniale» (non mi paiono persuasive, come tutta la ricostruzione dell'a., le critiche formulate al riguardo dall'AMIRANTE, *Ricerche*, cit., 48 nt. 3).

[28] È questo uno dei risultati dell'opera del KAUFMANN, *Die altrömische Miete*, cit., sul quale mi sento di concordare. Ma cfr. anche B. BIONDI, *Scienza giuridica e linguaggio romano*, in «Jus» (1953) = *La terminologia romana come prima dommatica giuridica*, in *Scritti giuridici*, I, Milano 1965, 181 ss.; M. KASER, *Zur juristischen Terminologie der Römer*, in *Studi B. Biondi*, I, Milano 1965 = *Ausgewählte Schriften*, I, Napoli 1976, 35 ss.

terminologia, perché tra quest'ultima e la struttura del contratto consensuale non sarebbe ipotizzabile alcun rapporto necessario[29].

Peraltro, in questo senso potrebbe deporre anche la materia delle locazioni cd. pubbliche, nelle quali — rispetto allo stesso periodo storico delle locazioni cd. private — si incontra la medesima terminologia, ma non è affatto certo che i rapporti fossero concepiti nelle forme del contratto consensuale: da un lato si ravvisano le stesse oscillazioni terminologiche tra *emere vendere* e *locare conducere* riscontrate in Plauto[30] (che come si è detto contrastano con la necessità, imposta dal processo formulare, di distinguere tra i

---

[29] Certo, si potrebbe obiettare che, se è vero che il contratto consensuale 'libera' il rapporto economico dalle forme tradizionali dello *ius civile*, allora i termini utilizzati per descrivere tale rapporto dovrebbero anche aiutare a comprendere il perché della percezione unitaria del contratto da parte dei giuristi romani — ammesso che una tale percezione ci fosse. Ma è altrettanto possibile che la terminologia rispondesse a esigenze semantiche che prescindevano totalmente dalle caratteristiche del contratto consensuale. Al limite, potremmo tentare di dedurre il valore semantico dei termini dalla struttura del contratto (come tenteremo di fare *infra*, cap. VI § 4), ma non certo il contrario.

[30] Cfr., per l'epoca più antica, Fest. *verb. sign.* s.v. *vend<itiones>* (LINDSAY, 516 = MUELLER, 376): *vend<itiones>* (Mueller: *olim*) *dicebantur censorum locutiones; quod vel<ut fr>uctus locorum publicorum venibant*, che in un altro passo (Fest. *verb. sign.* s.v. *redemptores* [LINDSAY, 332]) formula un rapporto etimologicamente ineccepibile tra *emere* e *redimere* (cfr. ERNOUT - MEILLET, *Dictionnaire étymologique de la langue latine*^{4}, cit., 195; WALDE - HOFMANN, *Lateinisches etymologisches Wörterbuch*, cit., I^3, 402); su questi noti problemi, cfr. per tutti BISCARDI, *Locatio*, cit., 1439. Per un'epoca più recente cfr. Hyg. *cond. agr.* 116. 11 ss. (LACHMANN): *qui superfuerant agri, vectigalibus subiecti sunt, alii per annos <quinos>, alii vero mancipibus ementibus, id est conducentibus in annos centenos, plures vero finito illo tempore iterum veneunt locanturque ita ut vectigalibus est consuetudo* (il cui valore tecnico è però contestato da L. BOVE, *Ricerche sugli 'agri vectigales'*, Napoli 1960, 87 ss., spec. 89). Di difficile interpretazione sono le risultanze epigrafiche, rispetto alle quali alcuni hanno pensato ad un uso indifferenziato dei termini (F. LANFRANCHI, *Studi sull'ager vectigalis*. I. *La classicità dell'actio in rem vectigalis*, Faenza 1938, 22 ss.; F. MILAZZO, *La realizzazione delle opere pubbliche in Roma arcaica e repubblicana. Munera e ultro tributa*, Napoli 1993, 130 ss.; dubbioso V. ARANGIO-RUIZ, *La struttura dei diritti su cosa altrui in diritto romano*, in «AG» 81 [1908] 436 ss.), mentre altri — forse non a torto — hanno rilevato una costante opposizione (espressa da un *-ve* o da un *neve*) tra *locare conducere* ed *emere vendere* (BOVE, *Ricerche sugli 'agri vectigales'*, cit., 94 ss.): cfr. la *lex agraria* del 111 a.C. (CIL, I^2, 585 = FIRA, I, 102 ss.), in cui si si parla di *redemptio* o *conductio* (l. 25) e di *locatio* o *venditio* di *agri* , (ll. 85-89); la *lex a Vicanis Furfensibus templo Iovis dicta* del 58 a.C. (CIL, I^2, 756 = IX, 3513 = FIRA, III, 225 ss.), in cui si parla di *venditio locatio* e di *emere conducere locare dare* (ll. 8-11); la *lex Ursonensis* del 44 a.C. (CIL, I^2, 594 = FIRA, I, 177 ss.) c. 82 ll. 32-34: *ne quis eos agros neve eas silvas ven|dito neve locato longius quam in quinquen|nium*. In ogni caso, mi sembra che Gai. 3. 145 (su cui cfr. *infra*, cap. IV nt. 102) mostri che vi fu effettivamente una discussione, in giurisprudenza, circa la qualificazione del rapporto: in questo senso cfr. anche F. GALLO, *Disciplina giuridica e costruzione dogmatica nella 'locatio' degli 'agri vectigales'*, in «SDHI» 30 (1964) 18 nt. 36 e 26 ss.

due rapporti e i rispettivi *iudicia*); dall'altro non si hanno dati certi circa l'utilizzabilità delle *actiones ex locato conducto* anche in àmbito pubblicistico[31]. Il tema è complesso, e non può essere affrontato in questa sede[32], ma mi sembra che anche solo questi rilievi contribuiscano ad imporre una grande cautela nell'attribuire peso alla terminologia: se infatti è possibile che si parlasse di *locare* e *conducere* anche rispetto a rapporti economici non rientranti nella locazione consensuale addirittura in un'epoca in cui questa era diffusa, viene confermata l'ipotesi che i termini si riferiscano al rapporto economico, e non alla veste giuridica (consensuale) da questo assunta.

In una tale incertezza, non mi sembra in alcun modo possibile trarre conclusioni fondate sull'etimologia o sul significato (peraltro ipotetico) dei vocaboli: l'indagine può aspirare ad una soluzione solo attraverso l'esame delle testimonianze dei *prudentes*[33].

---

[31] Rispetto agli *agri vectigales*, la dottrina maggioritaria è incline ad ammetterne l'esperibilità: cfr., per tutti, BOVE, *Ricerche sugli 'agri vectigales'*, cit., 132 ss.; GALLO, *Locatio degli agri vectigales*, cit., 30. *Contra*, B. BIONDI, *La categoria romana delle 'servitutes'*, Milano 1938, 569; LANFRANCHI, *Studi sull'ager vectigalis*, cit., I, 29 s. Tuttavia, al riguardo, occorre tener presente la difficoltà di distinguere tra il regime degli *agri privati* sottoposti a un *vectigal* e quello degli *agri publici*, (tuttora fondamentali, al riguardo, le ricerche di M. KASER, *Die Typen der römischen Bodenrechte in der späteren Republik*, in «ZSS» 62 [1942] 1 ss., e F. DE MARTINO, *Ager privatus vectigalisque*, in *Studi P. de Francisci*, I, Milano 1956, 557 ss. = *Scritti di diritto romano. I. Diritto e società nell'antica Roma*, Roma 1979, 357 ss.), che rende ardua ogni soluzione definitiva. Rispetto all'appalto di opere pubbliche sembrerebbero esserci maggiori argomenti per propendere per una soluzione negativa: così A. TRISCIUOGLIO, *Sulle sanzioni per l'inadempimento dell'appaltatore di 'ultrotributa' nella tarda repubblica e nel primo principato*, in AA.VV. *I rapporti contrattuali con la pubblica amministrazione nell'esperienza storico-giuridica* (Atti Torino 1994), Napoli 1997, 191 ss., spec. 200 ss., il quale, soprattutto sulla scorta di Paul.-Fest. *verb. sign.* s.v. *manceps* (LINDSAY, 137), argomenta contro Th. MOMMSEN, *Die Stadtrechte der latinischen Gemeinden Salpensa und Malaca in der Provinz Baetica*, in «Abhandl. d. Sächs. Ges. d. Wissensch.» 3 (1855) = *Gesammelte Schriften*, I, Berlin 1905, 362 nt. 42, che invece ipotizzava, in via meramente congetturale, una responsabilità *ex locato* del *redemptor* nel caso in cui non si fosse costituito come *praes* di se medesimo.

[32] Mi limito a rinviare, per le fonti e per le differenti posizioni della dottrina, a BISCARDI, *Locatio*, cit., 1430 ss.; BOVE, *Ricerche sugli 'agri vectigales'*, cit., spec. 74 ss.; GALLO, *Locatio degli agri vectigales*, cit., 1 ss.; A. TRISCIUOGLIO, *Sarcta tecta, ultrotributa, opus publicum faciendum locare. Sugli appalti relativi alle opere pubbliche nell'età repubblicana e augustea*, Torino 1998, 7 ss., 33 ss., 75 ss.

[33] Ed è proprio l'assenza di questo secondo momento ermeneutico che appare essere il limite maggiore dell'analisi — pur penetrante ed estremamente approfondita — del Kaufmann: cfr. AMIRANTE, in «Iura» 16 (1965), cit., 328.

2. L'INIZIO DELLA TUTELA DELLA LOCAZIONE CONSENSUALE: I FORMULARI CATONIANI.

2.1. *Una premessa metodologica.*

La testimonianza dei formulari negoziali conservati nel *de agri cultura* di Catone[34] è, ai nostri fini, importante in due sensi.

Da un lato, le *leges locationis* (e *venditionis*) riportate nell'opera appaiono essere il risultato della stratificazione di soluzioni cautelari differenti, verisimilmente distinguibili anche sotto un profilo cronologico[35]. La loro analisi consente dunque di cogliere il momento di passaggio dalla fase in cui il *locare* e *conducere* erano assetti economici versati in forme giuridiche tradizionali (quali ad esempio una *verborum obligatio*) alla fase in cui le obbligazioni delle parti sono fondate sul mero consenso. Infatti, se la prima fase appena descritta è attestata nell'opera solo per l'*emptio venditio*, per la *locatio conductio* sono testimoniate forme di garanzia indiretta dell'obbligazione sorta sul semplice consenso, realizzate mediante *pignora* o *satisdationes* che verisimilmente costituiscono — come vedremo tra breve — il medio termine tra le due fasi.

Dall'altro, la testimonianza catoniana costituisce un saggio di come dovevano strutturarsi le obbligazioni delle parti nel contratto consensuale di locazione, già ai suoi esordi.

[34] I testi sono riportati secondo l'edizione di A. MAZZARINO, *M. Porci Catonis de agri cultura*², Leipzig 1982.

[35] Più in generale, quando ci si rivolge all'opera di Catone, occorre ricordare che essa — almeno secondo la teoria oggi dominante — è la parziale rielaborazione di *commentarii* domestici (non portata a termine, forse per la morte dell'autore), e che per il suo carattere eminentemente pratico potrebbe aver subìto ulteriori rimaneggiamenti da parte di successivi lettori. Si spiegherebbero in tal modo le lacune, le ripetizioni, le contraddizioni presenti nel testo: cfr. A. MAZZARINO, *Introduzione al 'de agri cultura' di Catone*, Roma 1952, 57 ss. Al Mazzarino (*op. cit.*, 11 ss.) rinvio per l'analisi e la critica delle ipotesi precedenti, che postulavano una successiva, forte rielaborazione dell'originale (Gesner, Schneider, Keil, Weise, Leo), oppure la completa paternità catoniana di *commentarii* domestici stesi in momenti diversi e non finalizzati alla pubblicazione (Klotz, Hauler, Hörle). In questa sede basti ricordare, perché alla base dell'interpretazione dei 'contratti agrari' proposta dall'a., l'ipotesi di A. ARCANGELI, *I contratti agrari nel 'de agri cultura' di Catone*, in *Studi P. P. Zanzucchi*, Milano 1927, 65 ss., secondo il quale l'opera sarebbe solo in parte di Catone, e sarebbe stata non soltanto rielaborata, ma addirittura parzialmente redatta in epoca posteriore (non oltre la fine del II sec. a.C.) da un ignoto autore (l'Arcangeli propone, in via congetturale, il L. Manlio di Cat. *agr.* 144-145).

Prima di iniziare l'esame dei testi, si rende però opportuna una precisazione. I passi del *de agri cultura* in cui figurano rapporti presentati in termini di *locare conducere* sono, tra loro, notevolmente eterogenei.

Innanzitutto occorre distinguere le testimonianze in considerazione della natura del testo in cui esse sono contenute. Da un lato vi sono testi riconducibili a norme di buona gestione per il *pater familias*, che non integrano veri e propri formulari contrattuali ma piuttosto indicazioni di carattere tecnico ed economico (Cat. *agr.* 14-16; 136-137)[36]. Dall'altro, vi sono vere e proprie *leges*, il cui contenuto appare giuridicamente assai più raffinato del resto dell'opera, e che sono con ogni probabilità frutto della giurisprudenza cautelare del II sec. a.C. — essendo tratte addirittura, secondo alcuni studiosi, dai *libri actionum* di Manio Manilio (Cat. *agr.* 144-145; 149-150)[37].

Non solo: a questa distinzione, piuttosto discussa, se ne sovrappone un'altra, in genere meno considerata, che riguarda un profilo più strettamente filologico, e cioè il luogo del testo in cui sono utilizzate le espressioni *locare conducere*: a volte, infatti, queste compaiono solo nel *summarium* o nelle rubriche dell'opera (Cat. *agr.* 16, 136-137, 149); altre volte nel vero e proprio testo (Cat. *agr.* 14-15, 144-145, 150). Ora, poiché il problema della riconducibilità del *summarium* e delle rubriche a Catone o a editori successivi è estremamente discusso dai filologi, e non è ancora giunto a soluzione[38], credo che sia possibile trarre conclusioni affidabili per l'epoca di Catone solo nell'esame delle evenienze di *locare* e *conducere* contenute nel testo dell'opera. È su queste risultanze, pertanto, che concentreremo la nostra attenzione.

---

[36] Cfr., in questo senso, V. Al. GEORGESCO, *Essai d'une théorie générale des 'leges privatae'*, Paris 1932, 124 s., 133 nt. 1; M. TALAMANCA, *Costruzione giuridica e strutture sociali sino a Quinto Mucio*, in AA. VV., *Società romana e produzione schiavistica*. III. *Modelli etici, diritto e trasformazioni sociali*, Roma - Bari 1981, 309 nt. 19; ID., *La tipicità dei contratti romani*, cit., 51 nt. 57, 65 nt. 112.

[37] Cfr., variamente, P. HUVELIN, *Études sur le furtum dans le très ancien droit romain*, I, Lyon - Paris 1915, 252 s.; ARCANGELI, *I contratti agrari*, cit., 65 ss.; VON LÜBTOW, *Catos leges*, cit., 261 ss.; THIELSCHER, *Belehrung*, cit., 343; LABRUNA, *Plauto, Manilio,* Catone, cit., 39 ss. Scettico rispetto all'accostamento, giudicato «molto aleatorio», è il TALAMANCA, *Costruzione giuridica*, cit., 309.

[38] Cfr. lo *status quaestionis* in MAZZARINO, *Prolegomena*, in *M. Porci Catonis de agri cultura*[2], cit., CXV ss.

I rapporti in cui la terminologia del *locare* e del *conducere* compare unicamente nel *summarium* e nelle rubriche sono riconducibili sostanzialmente a due gruppi.

Innanzitutto, vi sono i rapporti 'parziari' in cui si realizza un *calcem coquendam dare*, un *politionem dare*, un *vineam curandam dare* (Cat. *agr.* 16, 136-137)[39]. I testi non costituiscono veri e propri formulari negoziali, ma unicamente indicazioni rivolte al *dominus* su come si debba affidare un compito ad un *partiarius*. Questa circostanza rende ancora più difficile la soluzione del problema della riconducibilità di questi rapporti alla *locatio conductio*. Così come è avvenuto per buona parte della dottrina moderna[40], viene il sospetto che la terminologia del *summarium* e delle rubriche sia il frutto di una rilettura posteriore delle fattispecie, attraverso schemi dogmatici emersi in un momento successivo alla data della composizione dell'opera — si pensi, in particolare, alla figura del *politor*[41].

---

[39] Cat. *agr.* 16 (XIX. *calcem partiario locandam*): *calcem partiario coquendam qui dant, ita datur: perficit et coquit et ex fornace calcem eximit calcarius et ligna conficit ad furnacem; dominus lapidem, ligna ad fornacem, quod opus siet, praebet.* Cfr. *summ.* XIX. *calcem partiario locandam*; 136 (CXLV. *politionem quo pacto dari oporteat*): *<politionem quo pacto dari oporteat.> in agro Casinate et Venafro in loco bono parti octava corbi dividat, satis bono septima, tertio loco sexta; si granum modio dividet, parti quinta. in Venafro ager optimus nona parti corbi dividat. si communiter pisunt, qua ex parte politori pars est, eam partem in pistrinum politor. hordeum quinta modio, fabam quinta modio dividat.* Cfr. *summ.* CXLV. *politionem quo pacto redemptori dare debeas.* (a partire dall'edizione di H. KEIL, *M. Porci Catonis de agri cultura liber*, Lipsiae 1895 *ad loc.*, nella prima frase del testo è stato aggiunto il termine *partiario*: *politionem quo pacto <partiario> dari oporteat*; cfr. anche G. GOETZ, *M. Porci Catonis de agri cultura liber*, Leipzig 1922, *ad loc.*; HOOPER - ASH, *Marcus Porcius Cato. On Agriculture*[2], cit., *ad loc.* Sulla operazione della *politio* cfr. per tutti P. W. DE NEEVE, *Colonus*, Amsterdam 1984, 202 e nt. 5); 137. (CXLVI. *vineam redemptori partiario ut des*): *vineam curandam partiario. bene curet fundum, arbustum, agrum frumentarium. partiario f[o]enum et pabulum, quod bubus satis siet, qui illic sient: cetera omnia pro indiviso.* Cfr. *summ.* CXLVI. *vineam redemptori partiario ut des.*

[40] Cfr. E. I. BEKKER, *Über die leges locationis bei Cato de re rustica*, in «ZRG» 3 (1864) 421; VON LÜBTOW, *Catos leges*, cit., 351 ss.; MAYER-MALY, *Locatio conductio*, cit., 135 e nt. 27; KAUFMANN, *Die altrömische Miete*, cit., 215 e nt. 126; 220; 239 s.; WATSON, *The Law of Obligations*, cit., 104 s.; DE NEEVE, *Colonus*, cit., 204 ss.

[41] A proposito del *politor* (sulle cui qualità tecniche cfr. la discussione in VON LÜBTOW, *Catos leges*, 353 ss., con bibliografia, e più di recente, D. FLACH, *Römische Agrargeschichte*, München 1990, 132 ss.), cfr. *infra*, cap. IV nt. 195. Non è vincolante, per una riconduzione alla locazione, il fatto che in Cat. *agr.* 5. 4 il *politor* sia affiancato all'*operarius* e al *mercenarius* nella raccomandazione rivolta al *vilicus* di non impiegare per più di un giorno lo stesso individuo (*operarium mercenarium politorem diutius eundem ne habeat †diet†*): non tanto per la supposta diversità fra le due figure (quella di 5. 4 un *mercenarius politor* pagato in denaro, come ritiene il VON LÜBTOW, *Catos leges*, cit., 357 e nt. 19 eliminando la virgola tra i due termini, e quella di 136 un *politor partiarius*, che non potrebbe lavorare — e non si comprende perché: cfr., per una diversa interpretazione del passo, FLACH, *op. cit.*, 133, che distingue tra l'*operarius mercenarius*, pagato in denaro, e il

In secondo luogo, vi sono le fattispecie del *pabulum hibernum* e del *fructus ovium* (Cat. *agr.* 149-150). Si sostiene spesso che in questi capitoli sarebbe ravvisabile una terminologia oscillante tra *locatio conductio* ed *emptio venditio*, e che ciò sarebbe da attribuire alla perdurante indistinzione tra le due figure[42]. Ma al riguardo occorre distinguere.

Per quanto attiene al *pabulum hibernum*[43], il testo dell'*auctio* parla sempre di *venire* e di *emptor*[44], la rubrica recita semplicemente *lex pabulo*, e solo il *summarium* — nella lezione del codice Marciano così come conservata da un'annotazione del Poliziano[45] — riporta *lex pabulo locando*. Anche in questo caso, pertanto, non mi sembra opportuno trarre conclusioni di alcun genere rispetto alle caratteristiche della *locatio conductio* catoniana. Ancora una volta, il fatto che la giurisprudenza successiva abbia ricondotto la fattispecie allo schema della locazione[46] può forse spiegare, nei termini di una successiva rilettura, l'espressione del *summarium*, ma non esclude affatto che all'epoca di Catone vi fossero soluzioni giurisprudenziali nel senso di una *emptio venditio*.

Rispetto ai *fructus ovium*[47] il discorso è ancora più delicato. Qui, infatti, nella rubrica[48] e nel *summarium*[49] si parla di *venire*. Nel testo, invece, trovia-

---

politor, pagato a parziario — a giornata), quanto per il fatto che il passo non consente di affermare che all'identità di posizione socio-economica dei tre soggetti sia da aggiungere un'identità di veste giuridica del rapporto.

[42] DEGENKOLB, *Platzrecht und Miethe*, cit., 141 nt. 4; VON LÜBTOW, *Catos leges*, cit., 238, 349 s.; AMIRANTE, *Ricerche*, cit., 36 s.; KAUFMANN, *Die altrömische Miete*, cit., 309 ss.; A. D'ORS, *El contrato catoniano sobre el rebaño de ovejas (Cat. agr. 150)*, in «BIDR» 91 (1988) 449; FLACH, *Römische Agrargeschichte*, cit., 147 e nt. 166, 148 e nt. 174; V. MAROTTA, *Tutela dello scambio e commerci mediterranei in età arcaica e repubblicana*, in «Ostraka» 5 (1996) 107 e nt. 226.

[43] Cat. *agr.* 149: 1. (1.) *qua lege pabulum hibernum venire oporteat.* (2.) *qua vendas finis dicito. pabulum frui occipito ex Kal. Septembribus: prato sicco decedat, ubi pirus florere coeperit; prato inriguo, ubi super inferque vicinus promittet, tum decedito, vel diem certam utrique facito; cetero pabulo Kal. Martiis cedito.* 2. (3.) *bubus domitis binis, cantherio v[i]ni, cum emptor pascet, domino pascere recipitur;* (4.) *holeris, asparagis, lignis, aqua, itinere, actu domini usioni recipitur.* (5.) *si quid emptor aut pastores aut pecus emptoris domino damni dederit, boni v. a. resolvat;* (6.) *si quid dominus aut familia aut pecus emptori damni dederit, viri boni arbitratu resolvetur.* (7.) *donicum pecuniam satisfecerit aut delegarit, pecus et familia, quae illic erit, pigneri sunto.* (8.) *si quid de iis rebus controversiae erit, Romae iudicium fiat.*

[44] Cfr. Cat. *agr.* 149. 1-2 (1. 5. 6.).

[45] Sulla tradizione manoscritta del *de agri cultura*, e in particolare sulla ricostruzione del *Florentinus (Marcianus)* sulla scorta delle annotazioni del Poliziano e del Vettori, cfr. MAZZARINO, *Introduzione al de agri cultura di Catone*, cit., 90 ss.; ID., *Prolegomena*, cit., L ss.

[46] Cfr. Ulp. 20 *ad Sab.* D. 33. 7. 12. 8: *pabulum conducere.*

[47] Cat. *agr.* 150: 1. (1.) *fructum ovium hac lege venire oportet:* (2.) *in singulas casei p. IS (dimidium aridum), lacte, feriis quod mulserit, dimidium, et praeterea lactis urnam unam. hisce legibus, agnus, diem et noctem qui vixerit,* (3.) *in fructum; et Kal. Iun. emptor fructu decedat: si interkalatum erit, K. Mais.* 2. (4.) *agnos XXX ne amplius promittat. oves, quae*

mo *venire*, *vendere* e *emptor* (150. 1-2 [cl. 1. 3. 4.]) ma, allo stesso tempo, in un altro luogo del testo, quest'ultimo è denominato anche *conductor* (150. 2 [cl. 6]). Come dicevo, questa ambiguità terminologica è stata collegata con la teoria di una originaria indistinzione tra i due contratti. L'ipotesi, di per sé, non è impossibile: abbiamo rilevato in precedenza[50] come tanto nel linguaggio delle commedie plautine quanto in quello delle cd. locazioni pubbliche non fosse ancora rinvenibile una chiara differenziazione tra *vendere emere* e *locare conducere*; cosicché, volendo considerare genuina la promiscuità terminologica, dovremmo concludere che nelle indicazioni di Catone relative ai *fructus ovium* si faccia riferimento ad un rapporto non consensuale. Ma questa soluzione non è l'unica possibile. Il testo catoniano è stato in tutta evidenza rimaneggiato, e pertanto non è da escludere che l'uso del termine *conductor* sia il risultato di una contaminazione tra formulari[51], oppure dell'inserimento posteriore, così come per le fattispecie sopra esaminate, di un termine più consono alla dogmatica successiva — ma che questa volta l'aggiunta, che all'inizio poteva essere una semplice glossa, abbia in un secondo tempo sostituito il testo originario[52].

Come si vede, molte spiegazioni sono possibili, ma nessuna è sicura. Per prudenza, mi sembra opportuno non trarre conclusioni di alcun genere da questi testi, e affrontare l'esame dei passi catoniani in cui la terminologia del *locare* e del *conducere* compare senz'altro nel testo dell'opera.

2.2. *L'edificazione della* villa *e delle* maceriae *(Cat.* agr. *14-15).*

La prima serie di fattispecie da prendere in considerazione riguarda una parte del testo catoniano che — come si è detto — non sembra attingere direttamente a formulari negoziali elaborati dalla giurisprudenza cautelare[53].

---

non pepererint, binae pro singulis in fructu cedent. †die† lanam et agnos vendat, menses X ab coactore releget. (5.) *porcos serarios in oves denas singulos pascat.* (6.) *conductor duos menses pastorem praebeat:* (7.) *donec domino satisfecerit aut solverit, pignori esto.*

[48] CLIX. *Fructus ovium qua lege veneat.*

[49] CLIX. *de fructibus ovium vendundis.* Anche se la lezione è diversa, il verbo non muta né nell'*editio princeps* di G. MERULA, Venetiis 1472 (dove il luogo non è corretto dal Poliziano), né nel *Laurentianus* 51. 2, nel quale si riproduce la rubrica.

[50] Cfr. *supra*, § 1.

[51] Così TALAMANCA, *La tipicità dei contratti romani*, cit., 67 nt. 119.

[52] In un senso non dissimile, cfr. C. FERRINI, *Sull'origine del contratto di vendita in Roma*, in «Mem. Acc. Modena» s. II, 9 (1893) = *Opere*, III, Milano 1929, 71.

[53] Naturalmente — posto che indubbiamente dobbiamo riconoscere nello stesso Catone un giurista (cfr. Cic. *de orat.* 1. 171, che lo definisce *iuris civilis omnium peritissimus*; nonché Pomp. *ench.* D. 1. 2. 2. 38: sul problema dell'identificazione di *Cato* nel passo, cfr. A. GUARINO, *Catone giureconsulto*, in *Iusculum iuris*, Napoli 1985 = *Pagine di diritto ro-*

Le ipotesi descritte sono due, ciascuna suddivisa in altrettante sotto-fattispecie: l'edificazione di una *villa*, che può avvenire *ex calce caementis* oppure *lapide calce*[54], e l'edificazione di un muro, *maceria* o *paries*[55].

In tutte le fattispecie, l'atto del *dominus* è descritto come *locare*[56]. Suoi obblighi sono quelli di fornire (*praebere, dare*) i materiali[57] (nonché, nel caso di *locatio* del *paries*, di *facere* egli stesso i *fundamenta*[58]), e di pagare il *pretium* in denaro (si parla di *nummi*), che viene calcolato, per la *villa*, *in tegulas singulas* (non se ne parla per le *maceriae*)[59].

---

mano, V, Napoli 1994, 55 ss.) — ciò non significa che le testimonianze non abbiano valore sotto un profilo giuridico, ma semplicemente che, posto il loro tenore, esse appaiono meno significative per la nostra analisi.

[54] Cat. *agr.* 14. 1 (XVII. *villam aedificandam si locabis*): *villam aedificandam si locabis novam ab solo, faber haec faciat oportet: parietes omnes, uti iussitur, calce et c<a>ementis, pilas ex lapide angulari, tigna omnia quae opus sunt, limina, postes, iugumenta, asseres, fulmentas, praesepis bubus hibernas aestivas faliscas,* 2. *equile, cellas familiae, carnaria III, orbem, ahenea II, haras X, focum, ianuam maximam et alteram quam volet dominus, fenestras, clatros in fenestras maioris lumina sex bipedalis X, scamna III, sellas V, telas iogalis duas, luminaria VI, paullulam pilam ubi triticum pinsat I, fulloniam I, antepagmenta, vasa torcula II.* 3. *hae rei materiem et quae opus sunt dominus praebebit et ad opus dabit: serram I, lineam I (materiam dumtaxat succidet dolabit secabit facietque conductor), lapidem, calcem, harenam, aquam, paleas, terram unde lutum fiat. si de caelo villa tacta siet, de ea re v. b. a. uti fiat. huic operi pretium ab domino bono, qui bene praebeat quae opus sunt et nummos fide bona solvat in tegulas singulas II.* 4. *id tectum sic numerabitur: tegula integra quae erit; quae non erit (unde quarta pars aberit), duae pro una; conliciares quae erunt, pro binis putabuntur; vallus quot erunt, in singulas quaternae numerabuntur. Villa lapide calce: fundamenta supra terram pede; ceteros parietes ex latere; iugumenta et antepagmenta, quae opus erunt, indi[c]to.* 5. *cetera lex uti villa ex calce c<a>ementis. pretium in tegulas singulas: n. s. loco salubri bono domino haec quae supra pretia posita sunt; ex signo manipretium erit. loco pestilenti, ubi aestate fieri non potest, bono domino pars quarta preti accedat.*

[55] Cat. *agr.* 15 (XVIII. *de maceriis aedificandis*): *macerias ex calce c<a>ementis silice. uti dominus omnia ad opus praebeat, altam p. V et columen p. I, crassam p. IS, longam p. XIV, et uti sublinat locari oportet. parietes villae si locet in p. C (id est p. X quoquoversum), libellis in ped. V et perticam I p. vic. n. X. sesquipedalem parietem dominus fundamenta faciat et ad opus praebeat: calcis in P. singulos longitudinem opus est modium unum, arenae modios duos.* Sul rapporto fra i due tipi di muro, cfr. Isid. *etym.* 15. 9. 4: *maceriae sunt parietes longi quibus vineae aliquae clauduntur* ...; cfr. anche Ael. Gall. 1 *verb. sign.* D. 50. 16. 157.

[56] Cat. *agr.* 14. 1; 15 (rispetto a ... *uti sublinat locari oportet* ..., riterrei che il *locari* debba essere riferito all'intera costruzione, e non semplicemente all'intonacatura, perché altrimenti non avrebbe senso l'obbligo del *dominus* di prestare tutti i materiali).

[57] Cat. *agr.* 14. 3; 15.

[58] Cat. *agr.* 15.

[59] Cat. *agr.* 14. 3-5.

Il *faber* è detto *conductor*[60] e ha l'obbligo di elaborare i materiali forniti dal *dominus*, nonché di attenersi alle indicazioni del *dominus* rispetto ai *parietes* e al numero di porte della *villa*[61].

Come si vede, tanto la terminologia quanto l'assetto economico indirizzano verso lo schema della cd. *locatio operis*. Ma i passi non consentono in alcun modo di stabilire quale veste giuridica assumessero i rapporti economici descritti; non è possibile, cioè, stabilire con certezza se gli assetti di interessi fossero formalizzati attraverso gli strumenti tradizionali dello *ius civile*, quale ad esempio una *stipulatio*, oppure se il consenso manifestato dalle parti fosse di per sé tutelato.

L'unico dato certo risultante dai testi è terminologico, e riguarda il fatto che, nonostante si parli in tutte le ipotesi di *opus*[62], il pagamento ricevuto dal conduttore viene denominato sia *operi pretium* (14. 3), sia *manupretium* (14. 5) — espressione che Varrone spiegava come 'pagamento (*pretium*) per l'attività (*manus*)'[63] e che Cicerone utilizza nel senso di *operae pretium*[64]. In altre parole, in fattispecie di *opus locare* il prezzo viene imputato tanto all'*opus* quanto all'*opera* — il che

---

[60] Cat. *agr.* 14. 3. Per l'AMIRANTE, *Ricerche*, cit., 36 e nt. 29, nell'espressione *conductor* in 14. 3 dovrebbe essere ravvisata «una giunta posteriore», perché «la menzione del *conductor* compare in un inciso che spezza a mezzo, senza giustificazione alcuna, l'enumerazione delle varie cose che il *dominus* deve fornire al *faber* per la costruzione della villa». Ma l'inserimento dell'obbligo del *faber* di elaborare i materiali è giustificato dalla necessità di chiarire che il *dominus* fornisce materiali grezzi, che poi devono essere adattati dal *faber* all'opera realizzata; e, in ogni caso, non c'è ragione di dubitare di un uso di *conducere* correlativo di *locare*, posto che ne troviamo ampia attestatazione, come abbiamo visto a proposito delle *fabulae* plautine, in contesti coevi o addirittura precedenti l'opera di Catone. Completamente diverso è il caso di *conductor* in Cat. *agr.* 150. 2 (6.), su cui cfr. *supra* § 2.1.

[61] Cat. *agr.* 14. 1: *... parietes omnes, uti iussitur ...*; 14. 2: *... ianuam maximam et alteram quam volet dominus ...*

[62] Cfr. Cat. *agr.* 14. 3: *... ad opus dabit ...*; *... huic operi pretium ab domino bono ...*; 15: *... ad opus praebeat ...*

[63] Varr. *ling. Lat.* 5. 178: *quod manu factum erat et datum pro eo, manupretium, a manibus et pretio*; 6. 85: *a manu manupretium ...* (cfr. anche Ulp. 7 *ad ed.* D. 50. 16. 13. 1, su cui cfr. *infra*, cap. IV nt. 33); cfr. anche ERNOUT - MEILLET, *Dictionnaire étymologique de la langue latine*[4], cit., 534; KAUFMANN, *Die altrömische Miete*, cit., 161 ss.

[64] Cfr. Cic. *Verr.* 2. 1. 147: *tantum operis in ista locatione fuit quantum paucae operae fabrorum mercedis tulerunt, et manuspretii machinae*; nel passo, che riguarda una cd. locazione pubblica, si allude ad una *locatio operis faciundi* (cfr. 2. 1. 143) la cui spesa (nel rapporto 'interno' realizzato dall'appaltatore con gli operai, dunque di diritto privato) si riduce, afferma Cicerone, alla *merces* dovuta per le *operae* di alcuni *fabri* e al costo dei macchinari. Cfr. anche Cic. *Pis.* 57; Sen. *epist.* 101. 6, e soprattutto *infra*, cap. II § 4; cap. IV § 2.3).

potrebbe apparire peculiare a chi volesse applicare rigorosamente la tradizionale tripartizione[65].

2.3. Oleam legendam *e* oleam faciundam locare *(Cat.* agr. *144-145).*

A. Il testo.

Molto più interessante è l'analisi delle vere e proprie *leges locationis*, e in particolare — posta l'impossibilità di fidare sulla terminologia di *summarium* e rubriche[66] — dei formulari dell'*oleam legendam* e *oleam faciundam locare*. Formulari, questi ultimi, che, per la «indissolubile connessione»[67] tra le due operazioni, devono essere analizzati congiuntamente:

> Cat. *agr.* 144 (CLIII: *lex oleae legendae*)[68]: 1. (1.)[69] oleam legendam hoc modo locare oportet: (2.) oleam cogito recte omnem arbitratu domini, aut quem custodem fecerit, aut cui olea venierit. (3.) oleam ne stringito neve verberato iniussu domini aut custodis: si adversus ea quis fecerit, quod ipse [h]ole<a>e delegerit, pro eo nemo solvet neque debebitur. 2. (4.) qui oleam legerint, omnes iuranto ad dominum aut ad custodem sese oleam non subripuisse neque quemquam suo dolo malo ea oleitate ex fundo L. Manli. qui eorum non ita iuraverit, quod is legerit omne, pro eo argentum nemo dabit neque debebitur. (5.) oleam cogi recte satis dato arbitratu L. Manli. (6.) scalae ita uti datae erunt, ita reddito, nisi quae vetustate fractae erunt: si non erunt †reddet eaeque arbitratu reduceteur†. 3. (7.) si quid redemptoris opera domino damni datum erit, resolvito: id viri boni arbitratu deducetur. (8.) legulos, quot opus erunt, praebeto et s<tr>ictores; si non praebuerit, quanti conduc-

---

[65] Non mi sembra possibile seguire il KAUFMANN, *Die altrömische Miete*, cit., 161 ss., 164 ss., 167 ss., nel sostenere che *manupretium* abbia valore di 'Werklohn' e *operae pretium* di 'Dienstlohn': lo stesso a. deve riconoscere (*op. cit.*, 164; cfr. 188) che *manupretium* viene utilizzato in contesti di cd. *locatio operarum*, e d'altra parte *opera* viene utilizzato anche in contesti di cd. *locatio operis* (cfr. *supra*, cap. I § 4.2; *infra*, cap. IV §§ 3.1 e 9; cap. VI § 2).

[66] Cfr. *supra*, § 2.1.

[67] Così A. MAZZARINO, *Lex oleae faciundae*, in *Studi P. de Francisci*, IV, Milano 1956, 343 ss., spec. 345; cfr. anche BEKKER, *Leges locationis*, cit., 428, e soprattutto THIELSCHER, *Belehrung*, cit., 343: «die beiden Kapitel 144 und 145 gehören menschlich und sachlich zusammen und können beide nur zusammen verstanden werden».

[68] Cfr. *summ.* CLIII. *lex oleae legundae.*

[69] Tra parentesi riporto i numeri delle clausole così come distinte da C. G. BRUNS - O. GRADENWITZ, *Fontes iuris Romani antiqui. Scriptores*[7], Tubingae 1909, 47 ss.

tum erit aut locatum erit, deducetur: tanto minus debebitur. (9.) de fundo ligna et oleam ne deportato: qui oleam legerit, qui deportarit, in singulas deportationes SS.n. II deducentur neque id debebitur. 4. (10.) omnem oleam puram metietur modio oleario. (11.) adsiduos homines L praebeto: (12.) duas partes strictorum praebeto. (13.) ne quis concedat, quo olea legunda et facienda carius locetur, extra quam si quem socium in praesentiarum dixerit: si quis adversum ea fecerit, si dominus aut custos volent, iurent omnes socii; 5. si non ita iuraverint, pro ea olea legunda et faciunda nemo dabit neque debebitur ei qui non iuraverit. (14.) accessiones: in M ∞ CC accedit oleae salsae M V, olei puri P. VIIII; in tota oletate SS. V, aceti q. V. quod oleae salsae non acceperint, dum oleam legent, in modios singulos, SS. s̄. s. dabuntur.

Cat. *agr.* 145 (CLIV. *lex oleae faciundae*)[70]: 1. (1.) oleam faciundam hac lege oportet locare: (2.) facito recte arbitratu domini aut custodis, qui id negotium curabit. si sex iugis vasis opus erit, facito. (3.) homines eos dato, qui placebunt aut custodi aut quis eam oleam emerit. (4.) †trapeti facito† (5.) si operarii conducti erunt aut facienda locata erit, pro eo resolvito, aut deducetur. 2. (6.) oleum ne tangito utendi causa neque furandi causa, nisi quod custos dederit aut dominus: si sumpserit, in singulas sumptiones SS.n. XL deducentur neque debebitur. (7.) factores, qui oleum fecerint, omnes iuranto aut ad dominum aut ad custodem sese de fundo L. Man[i]lii neque alium quemquam suo dolo malo oleum neque oleam subripuisse: 3. qui eorum non ita iuraverit, quae eius pars erit, omne deducetur neque debebitur. (8.) socium ne quem habeto, nisi quem dominus iusserit aut custos. (9.) si quid redemptoris opera domino damni datum erit, viri boni arbitratu deducetur. (10.) si virde[m] oleum opus siet, facito. (11.) accedet oleum et sale suae usioni, quod satis siet, vasarium vict. II.

B. La veste giuridica del *locare conducere*.

Il primo problema che si pone all'interprete riguarda la qualificazione giuridica di questi rapporti.

Com'è noto, l'Amirante — sulla scorta dell'Arangio-Ruiz[71] — ha sostenuto che nei formulari in questione non sarebbe ancora individuabile una tutela dei contratti consensuali, ma che l'intero contenuto del rapporto sarebbe stato versato in una *verborum obligatio*; e la testimonianza di ciò egli ha trovato nella cl. (5.) di 144. 2, in cui si parla

[70] Cfr. *summ.* CLIV. *lex oleae faciundae.*
[71] V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in diritto romano*[2], Napoli 1956, 75 ss.

di una *satisdatio* di *oleam cogi recte*[72]. Tuttavia, anche prescindendo dal fatto che, in generale, la dottrina più recente tende a considerare probabile la presenza, nel *de agri cultura*, di testimonianze di rapporti privi di veste formale[73], mi pare che l'esame dei formulari 144-145 proposta dall'Amirante non sia condivisibile.

Innanzitutto, non mi sembra possibile ravvisare nella *satisdatio* di 144. 2 (5.) una *verborum obligatio* capace di contenere l'intero rapporto posto in essere tra le parti. In altri formulari in cui ciò avviene — e penso a quelli dell'*olea pendens*, del *vinum pendens*, del *vinum in doliis* (Cat. *agr.* 146-148) — questa funzione non è svolta da una *satisdatio*, che pure è presente, ma da una *promissio*. E il fatto che in questi testi coesistano l'uno e l'altro strumento mostra chiaramente che essi hanno funzioni differenti: nel *promittito* sono versati gli obblighi assunti dalle parti; la *satisdatio* (o il *pignus* sugli *invecta et illata*) ha una funzione di garanzia[74]. Al contrario, in 144-145, la *satisdatio* non

---

[72] AMIRANTE, *Ricerche*, cit., 35 s.

[73] TALAMANCA, *La tipicità dei contratti romani*, cit., 56 ss.

[74] Cat. *agr.* 146. 2 (5.): *recte haec dari fierique satisque dari domino, aut cui iuserit; promittito satisque dato arbitratu domini. donicum solutum erit aut ita satis datum erit, quae in fundo inlata erunt, pigneri sunto. ne quid eorum de fundo deportato: si quid deportaverit, domini esto.* Cfr. il rinvio al cap. 146 in Cat. *agr.* 147 (4.): *cetera lex, quae oleae pendenti*; 148. 2 (9.): *cetera lex, quae oleae pendenti.* Sulla ripetizione del *satis dare* in 146. 2 (5.), una volta all'interno della *stipulatio*, una volta al suo fianco, si è molto discusso: per il VON LÜBTOW, *Catos leges*, cit., 308, la prima sarebbe «überflüssig»; per M. KASER, *Die Stipulationsklausel 'quanti ea res erit'*, in «ZSS» 90 (1973) 214, non potrebbe essere «Gegenstand des Stipulationsversprechens»; da ultimo, R. CARDILLI, *L'obbligazione di 'praestare' e la responsabilità contrattuale in diritto romano*, Milano 1995, 81, ha ipotizzato una «sovrapposizione di strumenti idonei, in età forse diverse, a meglio garantire la *solutio* futura, sia in quanto il *satisdare* venga imposto dal solo formulario d'asta, sia in quanto venga fatto oggetto specifico di una *stipulatio*, e quindi calato in un vero e proprio *oportere*». Mi sembra, però, che le due *satisdationes* abbiano un oggetto differente. La prima si riferisce alla garanzia che l'*emptor* deve prestare al *dominus* per la *solutio* della mercede dovuta a *leguli* e *factores* che lavorino alla raccolta e alla spremitura dell'*olea*: nella clausola immediatamente precedente si è fatta menzione dell'obbligo di *solvere* in capo all'*emptor*, che ricorre nei confronti del *dominus* anche nel caso in cui sia l'*emptor* ad aver locato l'attività (146. 2 [4.]: *oleae legendae faciendae, quae locata est, et si emptor locarit, Idibus solvito*); alla fine del formulario, si aggiunge che, nel caso in cui l'*emptor* non abbia pagato i *leguli* e *factores*, può essere il *dominus* a provvedere, e per tale ipotesi l'*emptor* è tenuto a *satis dare* (146. 3 [7.]: *si emptor legulis et factoribus, qui illic opus fecerint, non solverit, cui dari oportebit, si dominus volet, solvat: emptor domino debeto et id satis dato, proque ea re ita uti s[upra] s[criptum] e[st] item pignori sunto*; come si vede, la cl. [7.] è strettamente legata alla cl. [4.], e non può dunque ritenersi, con il TALAMANCA, *La tipicità dei contratti romani*, cit., 52, che la cl. [5.] di 146. 2, per la sua posizione nel testo, si riferisca unicamente alle cl. [3. 4.] di 146. 1-2). La seconda *satis datio*, invece, inerisce al *promittito* e mira a garantire in

si accompagna ad alcuna *promissio*, e l'obbligo principale di *cogere / facere* non ha alcuna veste formale (cl. [2.]).

In secondo luogo, la clausola della *satisdatio* è presente solo in 144, mancando in 145. Piuttosto che pensare, con il von Lübtow e il Thielscher, a due diverse 'Fassungen' delle cl. (5.) e (2.) di 144. 1-2 — posto che abbiamo attestazioni epigrafiche circa la possibilità di una coesistenza delle due clausole all'interno del medesimo testo[75] — mi sembra si debbano ravvisare, nei due formulari, soluzioni cautelari, se non cronologicamente distinte, almeno legate a schemi che hanno avuto nel tempo una diversa fortuna: in 144 il *recte cogere* non è formalizzato, ma si sente comunque l'esigenza di tutelarlo con una *satisdatio*; in 145 manca anche questa, e le parti possono confidare solo sulla tutela pretoria del consenso — o, al massimo, su forme di pressione indiretta come, ad esempio, il potere di *deductio mercedis* da

---

generale l'adempimento del *dare facere satis dare*: costituisce, cioè, una garanzia immediata della futura garanzia rappresentata dall'altro *satis dare*. Sul *pignus* cfr. Cat. *agr.* 146. 3 (7.), 149. 2 (8.) e 150. 2 (7.), nonché, per tutti, TALAMANCA, *La tipicità dei contratti romani*, cit., 60; ID., *Vendita*, cit., 307 nt. 35.

[75] È noto che il THIELSCHER, *Belehrung*, cit., 140 ss., 343 ss. e il VON LÜBTOW, *Catos leges*, cit., 257 ss., hanno ipotizzato una cronologia delle clausole per cui in 144 occorrerebbe distinguere due diverse 'Fassungen' (una più antica, 144. A, e una più recente, 144. B) tra le quali dovrebbe essere collocato il formulario di 145. L'ipotesi dei due studiosi riesce indubbiamente a superare molti problemi: la presenza delle cl. (6.) e (7.) di 144. 2-3, delle quali solo la seconda è riprodotta in 145. 3 (9.), e delle cl. (11. 12.) e (8.) di 144. 3-4, delle quali ancora una volta solo la seconda è riprodotta in 145. 1 (3. 5.), indubbiamente costituisce una ripetizione all'interno di 144, e induce a sospettare uno sviluppo. Ma non vi è alcun motivo di attribuire la cl. (4.) alla «ältere» e la cl. (9.) alla «jüngere Fassung» di 144, posto che il contenuto delle due è distinto e ricorre quasi letteralmente in 145. 2 (6. 7.). E, allo stesso modo, non mi sembra sia possibile ritenere che 144. 1 (2.), nel quale si prescrive *oleam cogito recte omnem arbitratu domini, aut quem custodem fecerit, aut cui olea venierit*, fosse assente nella redazione più antica, e che al suo posto vi fosse 144. 2 (5.), ossia *oleam cogi recte satis dato arbitratu L. Manli*: la *lex parieti faciendo Puteolana* del 105 a.C. conserva, all'interno del medesimo testo, clausole analoghe a entrambe (pag. I, ll. 6-8 [CIL, I^2, 698 = X, 1781 = FIRA, III, 472 s.]: ... *qui redemerit | praedes dato praediaque subsignato | duumvirum arbitratu*; pag. III, ll. 7-10: *hoc opus omne facito arbitratu duovir(um) | et duoviralium qui in consilio esse | solent Puteoleis* ...). Pertanto, pur non escludendo in assoluto che 144. 1 (2.), nell'attuale formulazione, rappresenti uno stadio posteriore di redazione (in questo senso potrebbe deporre il fatto che la cl. [5.] faccia esclusivo riferimento al *dominus* [*L. Manlius*], e la cl. [2.] invece parli di *dominus*, di *custos* e di acquirente dell'*olea*) non mi sembra necessario pensare ad una alternatività tra le due clausole. Sul valore dell'*arbitratus* nelle due clausole, cfr. *infra* in testo.

parte del *dominus*, e l'immediata disponibilità dell'*olea* da parte del *redemptor*[76].

Peraltro, è da notare che in 144 vi sono clausole, scomparse in 145, che avvicinano il formulario dell'*olea legenda* a quelle *leges* in cui l'accordo è ancora versato in una *stipulatio*. E alludo, in particolare, al fatto che in 144. 2 (6.), così come in 146. 3 (6.), la tutela dei danni sofferti dal *dominus* a causa dell'attività del *redemptor* non è ancora espressa in termini di clausola generale, quale è quella di 144. 3 (7.) e 145. 3 (9.), ma è costituita da una serie di danni enumerati casisticamente [77].

In conclusione. I capitoli 144-145 testimoniano uno stadio di tutela del consenso in sé e per sé considerato che manca in altri formulari della medesima opera, nei quali il rapporto stretto tra le parti è ancora versato in una *verborum obligatio*. Ma all'interno di questi stessi capitoli, e in particolare nel cap. 144, persistono alcune clausole ancora legate all'esigenza di una garanzia indiretta (la *satisdatio* di 144. 2 [5.]) o comunque meno evolute di clausole evidentemente più recenti (la tutela dei danni del *dominus* in 144. 2 [6.]).

Il *locare* e *conducere* dei formulari catoniani si configura, in altre parole, come un rapporto economico che, sotto un profilo giuridico, riceve tutela sulla base della sola prestazione del consenso, ma che appare appena uscito da una fase in cui la protezione del negozio era

---

[76] Questa prospettiva è delineata dal TALAMANCA, *La tipicità dei contratti romani*, cit., 58 s. e 61

[77] Cat. *agr.* 144. 2 (6.): *scalae ita uti datae erunt, ita reddito, nisi quae vetustate fractae erunt: si non erunt †reddet eaeque arbitratu reduceturf*; 146. 3 (6.): *vasa torcula, funes, scalas, trapetos, si quid et aliut datum erit, salva recte reddito, nisi quae vetustate fracta erunt; si non reddet, aequom solvito*; 144. 3 (7.): *si quid redemptoris opera domino damni datum erit, resolvito: id viri boni arbitratu deducetur*; 145. 3 (9.): *si quid redemptoris opera domino damni datum erit, viri boni arbitratu deducetur*. Mi sembra che, questa volta, il dato deponga per una 'Doppelfassung' di 144 (cfr. *supra*, nt. 75). Non mi pare, infatti, che vi siano elementi per ipotizzare, con il CARDILLI, *Praestare*, cit., 83 ss., una interpretazione di 144. 3 (7.) e 145. 3 (9.) come di una clausola «diretta essenzialmente ad evitare non qualsiasi danno alla *res* del *dominus fundi*, ma soltanto il danno alle *res* oggetto specifico delle attività imposte dal contratto»; e ciò per spiegare l'assenza, in Cat. *agr.* 146, di una clausola analoga, assenza che sarebbe «condizionata dal diverso patrimonio a carico del quale si pone il risultato della raccolta e della spremitura» (*op. cit.*, 84). Al contrario, non solo il tenore delle clausole è tale da ricomprendere qualsiasi danno sopportato dal *dominus* (*si quid redemptoris opera domino damni datum erit* ...) ma, accogliendo la lettura dell'a., si perverrebbe all'improbabile conclusione che il *dominus*, nel formulario dell'*olea faciunda* (Cat. *agr.* 145) fosse sprovvisto di qualsiasi tutela per i danni causati dall'attività del *redemptor* a beni che non fossero l'*oleum* prodotto.

ancora subordinata all'assunzione di una veste formale propria dello *ius civile* tradizionale, in uno sviluppo eventualmente mediato dal ricorso a garanzie indirette come le *satisdationes*.

Quel che però ai nostri fini è interessante sottolineare, è che il rapporto economico era verisimilmente denominato *locare conducere* — così come avveniva per l'*emere vendere* — sia allorquando era versato in una *verborum obligatio*, sia quando ciò non avveniva, e a prescindere dagli strumenti di garanzia eventualmente adottati. Ancora una volta sembra doversi concludere che il contratto consensuale di *locatio conductio* non ha 'creato' né una nuova terminologia, né nuovi assetti di interessi socio-economici, bensì ha costituito semplicemente un 'modello' giuridico che ha avuto, storicamente, il sopravvento su altri 'modelli'[78].

C. Gli assetti di interessi.

Chiarito il quadro di riferimento entro cui collocare le previsioni dei formulari, passiamo all'analisi degli assetti di interessi predisposti dalle *leges locationis*.

I rapporti appaiono essere essenzialmente di due tipi.

a) Innanzitutto, vi è il negozio immediatamente disciplinato dal formulario, parti del quale sono il *dominus* e il *redemptor*.

Il *dominus*, che assume il ruolo di *locator*, è tenuto essenzialmente ad *argentum dare*. La *merces* è data *pro olea legunda et faciunda*[79], ma viene computata sul quantitativo di *olea lecta* e *facta*, come dimostra il fatto che è sul lavoro compiuto che si compiono le *deductiones*[80].

Il *redemptor* appare essere il solo interlocutore del *dominus*: l'intero *oleam legere / facere* è rappresentato non come il lavoro di singoli operai, ma unitariamente come *opera redemptoris*[81]. Anche se una serie di imperativi si indirizzano ai lavoratori — *iuranto*[82]; *ne*

[78] Mi sembra che sia questa anche la conclusione del TALAMANCA, *La tipicità dei contratti romani*, cit., 62.

[79] Cat. *agr*. 144. 5 (13.).

[80] Cfr. Cat. *agr*. 144. 1-2 (3. 4.); 145. 3 (7.)

[81] Cat. *agr*. 144. 3 (7.); 145. 3 (9.).

[82] Cat. *agr*. 144. 2 (4.) e 145. 2 (7.).

stringito neve verberato iniussu domini[83], *de fundo ligna et oleam ne deportato*[84]; *oleum ne tangito*[85] — le conseguenze della disobbedienza all'ordine ricadono direttamente sul *redemptor*, nel senso che la *deductio mercedis* che ne deriva è computata su quella parte di lavoro che l'*operarius* abbia compiuto[86], oppure in proporzione ai beni sottratti[87], ma è dedotta dal totale. E al riguardo è significativo che, invece, il rifiuto di *iurare* da parte di un *socius* abbia come effetto la non corresponsione della *merces* direttamente allo stesso *socius*[88].

Obblighi del *redemptor* appaiono essere la fornitura di manodopera (*homines, strictores, leguli praebere* o *dare*[89]) e il *cogere / facere oleam*[90]. Dei due, il secondo sembrerebbe essere l'obbligo principale, e il primo avere carattere meramente accessorio: poiché la *merces* è calcolata non per giornate di lavoro o sulla quantità di terreno lavorato, ma sull'*olea lecta* o *facta*, evidentemente il *redemptor* è tenuto essenzialmente a *cogere* e *facere* l'*olea*, essendo la fornitura di uomini a questo scopo strumentale.

Lo schema fondamentale del rapporto sembra dunque essere il seguente: il *dominus* deve pagare la *merces* in propor-

---

[83] Cat. *agr.* 144. 1 (3.).

[84] Cat. *agr.* 144. 3 (9.).

[85] Cat. *agr.* 145. 2 (6.).

[86] Cat. *agr.* 144. 1 (3.): ... *quod ipse [h]ole<a>e delegerit, pro eo nemo solvet neque debebitur*; 2 (4.): ... *quod is legerit omne, pro eo argentum nemo dabit neque debebitur*; 145. 3 (7.): ... *quae eius pars erit, omne deducetur neque debebitur.*

[87] Cat. *agr.* 144. 3 (9.): ... *in singulas deportationes*; 145. 2 (6.): ... *in singulas sumptiones.*

[88] Cat. *agr.* 144. 5 (13.): ... *si non ita iuraverint, pro ea olea legunda et faciunda nemo dabit neque debebitur ei qui non iuraverit.* Rispetto all'interpretazione di *socii* nel passo come lavoranti del *dominus* (BEKKER, *Leges locationis*, cit., 430 ss.; A. PERNICE, *Parerga. I. Zum römischen Gesellschaftsvertrage*, in «ZSS» 3 [1882] 50 s.; THIELSCHER, *Belehrung*, cit., 349 ss.; R. GOUJARD, *Caton. De l'agriculture*, Paris 1975, 295; W. RICHTER, *Gegenständliches Denken, archaisches Ordnen. Untersuchungen zur Anlage von Cato de agri cultura*, Heidelberg 1978, 141 s. e nt. 20; FLACH, *Römische Agrargeschichte*, cit., 138 s.) mi sembrano sempre valide le obiezioni di C. FERRINI, *Le origini del contratto di società in Roma*, in «AG» 38 (1887) = *Opere*, III, Milano 1929, 36 ss. (cfr. già Th. MOMMSEN, *Römische Geschichte*, I[7], Berlin 1881, 850 nt. *; e poi H. GUMMERUS, *Der römische Gutsbetrieb*, Wiesbaden 1906, 30; V. ARANGIO-RUIZ, *La società in diritto romano*, Napoli 1950, 22 ss.; G. THIELMANN, *Die römische Privatauktion*, Berlin 1961, 246 ss., 256; VON LÜBTOW, *Catos leges*, cit., 286 ss.; M. WEGNER, *Untersuchungen zu den lateinischen Begriffen socius und societas*, Göttingen 1969, 50 ss.; CARDILLI, *Praestare*, cit., 72 nt. 21 s.).

[89] Cat. *agr.* 144. 3-4 (8. 11. 12.) e 145. 1 (3.).

[90] Cat. *agr.* 144. 1-2 (2. 5.) e 145. 1 (2.).

zione all'*olea* raccolta o spremuta, e il *redemptor* deve *cogere / facere* l'*olea*.

b) Un secondo negozio è solo indirettamente trattato nel formulario, ed è quello relativo ai rapporti tra il *dominus* o il *redemptor* e gli *operarii*.

Un primo elemento che distingue questo rapporto dal precedente è terminologico: il *dominus* non è più *locator*, bensì *conductor*[91]. Ma il negozio appare differenziarsi dal precedente soprattutto sotto il profilo contenutistico. Il termine *operarius* (insieme a *mercennarius* e *politor*) è utilizzato in Cat. *agr.* 5. 4 per indicare i lavoratori che è bene assumere a giornata[92], e altrove nel testo troviamo che la giornata di lavoro è denominata *opera*[93]. Ora, data la modalità di assunzione, dobbiamo presumere che questi lavoratori fossero pagati a giornata; e in ciò la loro *opera* si distingue senz'altro dall'attività — che pure è denominata con il medesimo termine — del *redemptor* dell'*olea legenda / faciunda*[94], oppure del *faber* che si incarichi di *facere* la *cupa*[95], per i quali il prezzo è calcolato sul risultato, e non sulle giornate lavorative.

Lo schema fondamentale del rapporto che intercorre tra *dominus* (o *redemptor*[96]) e *operarius* sembra dunque essere il seguente: il *dominus* (o il *redemptor*) deve pagare la *merces*, e l'*operarius* deve prestare la propria *opera*. Ma quest'*opera* non implica un'obbligazione 'di risultato', come invece quella del *redemptor*.

c) I due assetti di interessi appaiono, come si vede, ben distinti fra loro, e parrebbero corrispondere sostanzialmente alle figure che la tradizione romanistica ha denominato *locatio operis* e *locatio operarum*. Un elemento, però, complica la relativa semplicità del quadro.

---

[91] Cfr. Cat. *agr.* 145. 1 (5.): *si operarii conducti sunt* ...

[92] Cat. *agr.* 5. 4: *operarium mercenarium politorem diutius eundem ne habeat †die†*.

[93] Cfr. Cat. *agr.* 22. 3: *trapetus emptus est in Suessano HS CCCC et olei P. L; composturae HS LX; vectura boum, operas VI, homines VI cum bubulcis HS <C>LXXII* ... Sul valore di *operae* in questo passo, cfr. F. DE MARTINO, *Catone, de agricultura 22, 3*, in «PP» 42 (1987) 336.

[94] Cat. *agr.* 144. 3 (7.) e 145. 3 (9.).

[95] Cat. *agr.* 21. 5.

[96] Nel caso in cui questi sia il *conductor operarum*.

Nelle clausole relative all'obbligo del *redemptor* di *oleam recte cogere / facere* si prevede che l'attività di raccolta e di spremitura siano compiute secondo l'*arbitratus* del *dominus* o dei soggetti da questo indicati[97]. È certo che questo *arbitratus* deve essere tenuto distinto dall'*arbitratus* del *bonus vir*[98], che nei formulari in esame è chiamato semplicemente a valutare l'entità della *deductio mercedis* nel caso in cui fosse incerta[99] la diminuzione patrimoniale subìta dal *dominus* a causa dell'operato del *redemptor* e dei suoi operai[100]. Ma valutarne le caratteristiche non è del tutto agevole.

A mio avviso, è riduttivo ravvisare in esso il mero potere di decidere, ad es., da quale zona del fondo far iniziare i lavori[101], o comun-

---

[97] Cat. *agr.* 144. 1 (2.): *oleam cogito recte omnem arbitratu domini, aut quem custodem fecerit, aut cui olea venierit*; 145. 1 (2.): *facito recte arbitratu domini aut custodis, qui id negotium curabit.* Un accenno all'*arbitratus domini* si ritrova anche in Cat. *agr.* 144. 2 (5.): *oleam cogi recte satis dato arbitratu L. Manli*, ma il VON LÜBTOW, *Catos leges*, cit., 273 s., ha esattamente rilevato che l'*arbitratus domini* previsto da 144. 1 (2.) e 145. 1 (2.) ha un valore differente da quello di 144. 2 (5.). In quest'ultimo caso, l'*arbitratus* ha come oggetto il *satisdare*, e dunque riguarda solo indirettamente l'obbligo principale di *cogere* (che peraltro non mi sembra possa essere ridotto, con il TALAMANCA, *La tipicità dei contratti romani*, cit., 56, alla mera «esecuzione materiale del lavoro appaltato [per quanto centrale in questo tipo di contratto]», limitando di conseguenza la *satisdatio* «ad un aspetto particolare» del rapporto, anziché — come io sono portato a credere — al rapporto nel suo complesso). Al contrario, quello della cl. (2.) di 144. 1 e 145. 1 ha per oggetto direttamente il *cogere* e il *facere*; ed è proprio questo tipo di *arbitratus* ad assumere ai nostri fini un particolare rilievo.

[98] Mi sembra tendere a sovrapporre le due figure, uniformando l'*arbitratus domini* all'*arbitratus boni viri*, il BROGGINI, *Iudex arbiterve*, cit., 116 s. e nt. 15.

[99] Ossia non predeterminata forfettariamente (nel caso di sottrazioni di beni dal fondo: Cat. *agr.* 144. 3 [9.]; 145. 2 [6.]) oppure non altrimenti determinabile sulla base di parametri oggettivi, come nel caso di disobbedienza al *iussum domini aut custodis* (Cat. *agr.* 144. 1 [3.]), o di rifiuto del giuramento da prestarsi al *dominus* o al *custos* (144. 2 e 4 [4. 13.]; 145. 3 [7.]), allorché si deduce dal totale la paga del lavoratore; oppure di *relocatio* dell'*olea facienda* o di *conductio* di altri *operarii* da parte del *dominus* (144. 3 [8.]; 145. 1 [5.]), allorquando si sottrae la *merces* corrisposta all'uopo.

[100] Così a proposito della *fractio* delle scale fornite dal *dominus* (Cat. *agr.* 144. 2 [6.]): il periodo *reddet eaeque arbitratu reducetur* è unanimemente reso dai vari editori (pur con le varianti indicate nell'*apparatus ad loc.* di MAZZARINO, *M. Porci Catonis de agri cultura*, cit., 97) come un riferimento all'*arbitratus boni viri.*

[101] E. ALBERTARIO, *L'"arbitrium boni viri" del debitore nella determinazione della prestazione*, Milano 1924 = *Studi di diritto romano*, III, Milano 1936, 289 nt. *. L'interpretazione dello studioso, com'è noto, era tuttavia motivata dalla volontà di non contraddire la sua tesi circa l'impossibilità, prima del diritto giustinianeo, di rimettere all'*arbitrium boni viri* di una delle parti la determinazione della prestazione. Cfr., oltre allo scritto appena citato, 283 ss., anche ID., *La nullità dell'obbligazione per indeterminatezza della prestazione*, «Riv. Dir. Comm.» (1926) I = *Studi di diritto romano*, cit., III, 311; ID.,

que di dirigere il lavoro del *redemptor* rispetto a semplici 'Nebenpflichten'[102].

Il *dominus*, infatti, sembra sovrintendere all'intero *cogere / facere*: sia dando l'ordine di iniziare i lavori[103], sia ricevendo i giuramenti di *leguli*, *strictores*, *factores*, ed eventuali *socii*[104] — che nel formulario dell'*olea faciunda* è addirittura egli a *iubere*[105] —, sia, infine, quando la squadra di lavoratori si riveli insufficiente, affiancando un secondo *redemptor* al primo o assumendo direttamente altri *operarii*[106]. Egli, in altre parole, appare essere quasi un direttore dei lavori[107].

Ma se così è, l'assetto di interessi realizzato dalle parti non coincide perfettamente con lo schema della cd. *locatio operis*, cui avevamo pensato di ricondurre il negozio *sub a*). È chiaro, infatti, che se il *dominus* ha la direzione dei lavori, non può pensarsi ad una normale obbligazione 'di risultato' in capo al *redemptor*, perché il raggiungimento del risultato non dipende interamente da quest'ultimo.

D'altra parte, però, le regole poste dal formulario non sembrano nemmeno implicare una totale subordinazione del *redemptor* al committente, tale da liberarlo da ogni responsabilità per il risultato e da avvicinare il negozio allo schema *sub b*)[108]. Se infatti è vero che nei formulari la terminologia sembra talora oscillante — nel senso che l'attività del *redemptor operis* è descritta come *opera*[109] al pari di quella dell'*operarius*; e che, per converso, l'attività di *legere* e *facere* compiuta dagli *operarii*, quando considerata unitariamente, è chiamata *opus facere*[110] — va tuttavia notato che vi sono passi in cui l'opposizione tra

---

L'arbitrium boni viri' nell'onerato di un fedecommesso, in *Studi P. P. Zanzucchi*, Milano 1927 = *Studi di diritto romano*, cit., III, 329 ss.

[102] Così VON LÜBTOW, *Catos leges*, cit., 273 s.

[103] Cat. *agr.* 144. 1 (3.).

[104] Cat. *agr.* 144. 2 e 4 (4. 13.); 145. 2 (7.).

[105] Cat. *agr.* 145. 3 (8.).

[106] Cat. *agr.* 144. 3 (8.); 145. 1 (5.).

[107] Così G. GROSSO, *Il fr. 77 D. 17. 2 e i formulari di locazioni del 'de agri cultura' di Catone*, in «SDHI» 3 (1937) 440 ss.; ID., *Obbligazioni. Contenuto e requisiti della prestazione. Obbligazioni alternative e generiche*³, Torino 1966, 106 ss., spec. 112 s.

[108] Come invece ritengono THIELSCHER *ap.* VON LÜBTOW, *Catos leges*, cit., 273 s.; AMIRANTE, *Ricerche*, cit., 38 s. e nt. 38; BETTI, *Istituzioni*, cit., II.1, 57.

[109] Cfr. *supra*, ntt. 63, 64 e 94.

[110] Ma, in generale, nell'opera di Catone quest'ultima espressione indica attività legate all'economia della *villa* (cfr. gli *opera* che *per imbrem fieri possunt* in Cat. *agr.* 2. 3, e gli *opera* che invece possono essere compiuti *per ferias* in Cat. *agr.* 2. 4, nonché l'uso di *opus rusticum* in Cat. *agr.* 5. 4) compiute non solo da un *redemptor* (cfr. Cat. *agr.* 14. 3; 15), ma

l'assetto di interessi *sub a)* e quello *sub b)* è chiarissima[111]. Mi riferisco, in particolare alle clausole in cui si prevede l'obbligo del *redemptor* di fornire *leguli* e *strictores*, precisando che, qualora egli non provveda, si dedurrà dalla *merces* il prezzo pagato dal *dominus* per aver assunto direttamente degli operai (rapporto in cui il *dominus* è *conductor*), oppure per aver affidato (e questa volta per il *dominus* si usa il verbo *locare*) ad un secondo *redemptor* il *cogere* dell'*olea* che gli operai portati dal primo non siano riusciti a raccogliere (Cat. *agr.* 144. 3 [8.] e 145. 1 [5.])[112].

Nell'interpretazione di questi ultimi testi — e in particolare della frase *quanti conductum erit aut locatum erit* contenuta nel primo passo — seguo, come si vede, la lettura del Bekker e del von Lübtow, che mi appare preferibile[113]. Non mi sembra invece da seguire la proposta dell'Amirante[114], il quale ha ipotizzato che l'espressione si riferisca «agli operai che il *dominus* può aver dovuto *conducere*, o che, avendoli a disposizione, ha a sua volta locato al *redemptor*», in considerazione del fatto che, se si interpretasse il *locatum* nel senso di una nuova *locatio* cd. *operis*, «l'*olea* verrebbe locata due volte»; e che la cl. (5.) di 145. 1 sia da legare alla cl. (4.) †*trapeti facito*†, dovendosi intendere «costruisca il trapeto; se a ciò il *dominus* avrà dovuto *conducere* gli *operarii* o i lavori relativi saranno stati dati in appalto, paghi il *redemptor* o si deduca dall'ammontare globale della mercede a lui spettante».

Al riguardo va preliminarmente notato che, ai nostri fini, se anche si volesse intendere la cl. (8.) di 144. 3 come un rinvio a due ipotesi di *locatio* cd. *operarum*, comunque la cl. (5.) di 145. 1 basterebbe a provare una distin-

---

anche da schiavi (cfr. Cat. *agr.* 2. 2; 56; 57) o da *operarii* dipendenti del *dominus* (cfr. Cat. *agr.* 145. 1 [5.], su cui più diffusamente *infra*; cfr. anche 146. 3 [7.]).

[111] È da rilevare incidentalmente che, sotto questo profilo, non può senz'altro essere invocato — come invece è solita fare la dottrina: cfr. BEKKER, *Leges locationis*, cit., 420; VON LÜBTOW, *Catos leges*, cit., 277 — Cat. *agr.* 4: *si te libenter vicinitas videbit, ... opera[s] facilius locabis, operarios facilius conduces.* A partire dall'edizione di J. G. SCHNEIDER, *Scriptores rei rusticae veteres Latini*, I, Lipsiae 1794, la maggioranza degli editori ha emendato *operas* in *opera* (cfr. KEIL, *M. Porci Catonis de agri cultura liber*, cit., 14; HOOPER - ASH, *Marcus Porcius Cato. On Agriculture*[2], cit., 12; GOUJARD, *Caton. De l'agriculture*, cit., 14), ma questa lezione non ha alcuna base nei manoscritti, fondandosi unicamente sullo schema dogmatico della tripartizione (cfr. THIELSCHER, *Belehrung*, cit., 191 s.). Appare pertanto preferibile seguire la lezione originale, ripristinata nell'edizione del MAZZARINO, *M. Porci Catonis de agri cultura*[2], cit., 12.

[112] Cat. *agr.* 144. 3 (8.): *legulos, quot opus erunt, praebeto et s<tr>ictores; si non praebuerit, quanti conductum erit aut locatum erit, deducetur: tanto minus debebitur*; 145. 1 (5.): *si operarii conducti erunt aut facienda locata erit, pro eo resolvito, aut deducetur.*

[113] Cfr. BEKKER, *Leges locationis*, cit., 428; VON LÜBTOW, *Catos leges*, cit., 274 ss.

[114] AMIRANTE, *Ricerche*, cit., 39 ss. nt. 41 (cfr. ID., *In tema di 'opus locatum'*, cit., 51 ss.).

zione tra *conducere operarios* e *locare oleam faciundam*. Ma l'interpretazione dell'Amirante non può essere accolta. Innanzitutto, rispetto a 144. 3 (8.), perché l'a. non tiene conto del fatto che la raccolta dell'*olea* non è un tutto inscindibile: se il *redemptor* non è in grado di provvedere da solo a *cogere* l'intero raccolto di *olea*, è ovvio che il *dominus* si preoccupi di provvedere altrimenti. In secondo luogo, rispetto a 145. 1 (4. 5.), perché l'a. non considera che una macchina come il *trapetum*[115] non doveva essere semplice da costruire per dei comuni operai, visto che Catone (*agr.* 22. 3) dà consigli su come acquistare, trasportare, e poi, *domi*, adeguare (*accommodare*[116]) e mettere a sesto (*concinnare*[117]) il *trapetum*, ma non parla mai di come *facere* lo strumento[118], e anzi consiglia di far compiere l'*accomodare* da un *faber*[119], ossia da un tecnico qualificato[120]. D'altra parte, se ogni *redemptor* fosse stato in grado di realizzare un *trapetum*, non si spiegherebbero le precise indicazioni di Catone rispetto ad un'operazione decisamente antieconomica come l'acquisto e il trasporto della macchina[121]. In conclusione, non mi sembra vi siano motivi sufficienti a modificare l'interpretazione tradizionale dei passi[122].

---

[115] Per le cui caratteristiche tecniche cfr. J. HÖRLE, *Trapetum*, in «RE» VI. A. 2, Stuttgart 1937, 2187 ss.

[116] Cfr. Cat. *agr.* 22. 1.

[117] Cfr. Cat. *agr.* 20. 1.

[118] È infatti inesatta l'interpretazione di Cat. *agr.* 20 fornita da J. MACQUERON, *Le travail des hommes libres dans l'antiquité romaine*[2], Aix-en-Provence 1964, 77, secondo il quale nel passo si tratterebbe della «construction du trapète»; né, per le ragioni filologiche richiamate *supra*, § 2.1, credo si debba dare troppa importanza al fatto che la rubrica del cap. 22 reciti *trapetum quo modo aedifices*.

[119] Cat. *agr.* 21. 5.

[120] Cfr. in questo senso THIELSCHER, *Belehrung*, cit., 227 e FLACH, *Römische Agrargeschichte*, cit., 127.

[121] E ciò anche volendo seguire i calcoli del DE MARTINO, *Catone, de agricultura 22, 3*, cit., 335 ss.

[122] Anche perché il MAZZARINO, *Lex oleae faciundae*, cit., 346, ha proposto una spiegazione estremamente persuasiva della presenza della cl. (4.) di 145. 1: se nel formulario dell'*olea legenda* le spese eventualmente sostenute dal *dominus* sono limitate all'assunzione di lavoranti o all'appalto di una parte del lavoro a terzi, nel formulario dell'*olea faciunda* si aggiunge la spesa per l'affitto del *trapetum*, necessario alla spremitura; in questa prospettiva, il Mazzarino propone di integrare il passo *trapeti* <*pretium*> *facito*. In tal modo il testo riceve una spiegazione soddisfacente sotto il profilo filologico, e non contraddice il parallelismo, a mio avviso evidentissimo, tra i formulari *sub* 144 e 145. Peraltro, proprio in virtù di questo parallelismo, mi sembra non possa essere accolta neanche la lettura (in ogni caso più verisimile di quella dell'Amirante) proposta dal FERRINI, *Le origini del contratto di società in Roma*, cit., 44, il quale traduce il periodo *quanti conductum erit aut locatum erit* «quel tanto che in proporzione ad ogni uomo fu stabilito nel contratto di conduzione di opera (da parte del *redemptor*) o quel tanto, per cui ciascun uomo ha locato al *redemptor* le sue opere»; ipotizzando, cioè, due cd. *locationes operarum*.

Come qualificare, allora, l'assetto di interessi realizzato dalle parti? A mio avviso, è possibile pensare ad una forma di locazione vicina alla cd. *locatio operis*, che incontreremo più avanti anche nei testi della giurisprudenza classica[123], e che la dottrina moderna — muovendo, si badi, dall'interpretazione dei testi romani[124] — qualifica come r e g ì a : il committente dirige i lavori e l'artefice non è responsabile per il risultato se non — nella cd. regìa cointeressata, che mi sembra sia la fattispecie presente nei formulari catoniani — nel caso in cui la *merces* sia commisurata ad una percentuale sull'importo dei lavori (nella regìa cd. semplice, invece, non è responsabile affatto, nel senso che la *merces* è fissa)[125].

Si tratta, naturalmente, di un rapporto di committenza, e dunque di una figura rientrante *lato sensu* nella cd. *locatio operis*, distinta da quella forma di *locatio* cd. *operarum* che oggi viene denominata 'esecuzione in economia', ma che deve essere tenuta distinta anche dall'ipotesi in cui il *redemptor* assuma un'obbligazione per il risultato, come nell'appalto[126].

Peraltro, le logiche economiche del suo impiego sono evidenti. Così come oggi essa è utilizzata soprattutto dalle pubbliche amministrazioni quando si ritiene utile seguire i lavori, ma non si dispone delle strutture necessarie, allo stesso modo nella Roma del II sec. a.C. si considerava probabilmente preferibile che il buon proprietario terriero — pur nella necessità di rivolgersi a lavoratori specializzati che non fossero stabilmente alle sue dipendenze — non si assentasse affidando il lavoro di raccolta e spremitura a soggetti esterni, ma ne coordinasse le operazioni. In particolare, nei formulari catoniani, il ruolo di controllo e di supervisione generale del committente è

---

[123] Cfr. *infra*, cap. IV § 9.

[124] Cfr. *infra*, cap. IV nt. 233.

[125] Sulla distinzione tra regìa cd. cointeressata e regia cd. semplice cfr. per tutti M. STOLFI, *Appalto*, in «ED» II, Milano 1958, 632.

[126] Cfr. STOLFI, *Appalto*, cit., 632; G. F. ELENA, *Assunzione del rischio negli appalti cosiddetti «a regìa»*, in «Nuova Riv. pubbl. appalti» (1935) I, 445; F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, III. 1. 1, Milano 1953, 208, lo considera «una variante del lavoro ad economia»; G. ROEHRSSEN, *I lavori pubblici*, Bologna 1956, 160 ss.; D. RUBINO, *L'appalto*[3] (Trattato Vassalli), Torino 1958, 8 e G. MIRABELLI, *Dei singoli contratti*, in *Commentario del codice civile*, Torino 1962, 402, ritengono inammissibile la riconduzione all'appalto perché manca l'autonomia dell'esecutore; la vicinanza con l'appalto è invece ammessa da C. GIATTANASIO, *L'appalto* (Trattato Cicu-Messineo), Milano 1967, 35; per A. CIANFLONE, *L'appalto di opere pubbliche*[9], Milano 1993, 89, e D. RUBINO - G. IUDICA, *Appalto*[3] (Comm. Scialoja - Branca), Roma - Bologna 1992, 76, si tratta di un sistema intermedio tra l'esecuzione in economia e l'appalto.

dimostrato dall'intervento del *dominus* nel reclutamento di nuovi *operarii* (che è presumibile si ponessero agli ordini del *redemptor*, pur essendo pagati dal padrone del fondo) o addirittura nel *locare* ad un secondo *redemptor* (in un rapporto, è da presumere, ancora di regìa) le operazioni che la prima squadra non era in grado di compiere.

2.4. *Conclusioni.*

Nei formulari catoniani sembrano individuabili tre assetti di interessi:

a) una forma di *locatio operis* avvicinabile alla moderna figura dell'appalto, nel senso che si ha un rapporto di committenza in cui il *locator* si limita a pagare la *merces* e a dare direttive su profili che non incidono lavoro del *redemptor* al punto da far venir meno la sua 'obbligazione di risultato'. È il caso dell'edificazione della *villa* e delle *maceriae* (§ 2.2), nella quale il costruttore è pagato *in tegulas singulas*, ossia per singole porzioni di *opus*: chiaramente, in questa ipotesi, la mancata realizzazione delle singole porzioni determina il venir meno dell'obbligazione del *locator* di pagare la *merces* — anche se non siamo informati sulle conseguenze della realizzazione di un *opus vitiosum*;

b) una forma di *locatio operis* avvicinabile alla moderna figura della regìa, nel senso che si ha un rapporto di committenza in cui il *locator* paga la *merces* per il lavoro realizzato, ma intervenendo con poteri di direzione sull'attività del *redemptor* e della sua squadra. È il caso del rapporto tra *dominus* e *redemptor* nei formulari dell'*oleam legendam* e dell'*oleam faciundam locare* (§ 2.3): in essi la difficoltà di qualificazione del negozio è aumentata dal fatto che lo schema della regìa è applicato nella forma più complessa e più vicina all'appalto, quello della regìa cointeressata; ma anche se la *merces* è computata sul quantitativo di *olea lecta* e *facta*, la presenza dell'*arbitratus domini* impedisce di ricondurre senz'altro l'assetto di interessi allo schema *sub a*);

c) una *locatio* di *operae* nella quale il lavoratore presta la propria attività ed è retribuito a giornate. È il caso del rapporto tra *dominus* (o *redemptor*) e *operarii* testimoniato nei formulari dell'*oleam legendam* e dell'*oleam faciundam locare* (§ 2.3).

Solo rispetto alle forme di *locare* descritte *sub b*) e *c*) abbiamo elementi per pensare ad un contratto consensuale; l'assetto di interessi attestato *sub a*) potrebbe ancora essere stato versato in una *verborum*

obligatio. Ma se davvero — come sembra risultare dall'analisi complessiva dei formulari catoniani[127] — il passaggio dalla fase più arcaica alla tutela del semplice consenso ha conservato i medesimi rapporti economici, il profilo è, in questa fase, di scarso rilievo. Anche nel caso in cui l'assetto di interessi *sub a)* fosse stato versato in una *verborum obligatio*, l'equilibrio dei rapporti tra i contraenti non apparirebbe molto diverso da quello che sarà proprio del contratto consensuale. Piuttosto, la circostanza potrebbe assumere importanza rispetto al problema della terminologia, affrontato nel paragrafo precedente: il fatto che si utilizzino, in ogni ipotesi, i verbi *locare* e *conducere* conferma la convinzione che i termini siano legati agli assetti economici, e non alla forma giuridica, con la conseguenza che da essi non si può argomentare per comprendere la struttura del contratto consensuale.

3. LA 'MERCES' COME 'FRUI' IN ELIO GALLO (D. 22. 1. 19 PR.).

La più antica testimonianza in tema di locazione conservata nel Digesto appartiene ad Elio Gallo, il giurista-grammatico[128] vissuto —

---

[127] Cfr. *supra*, § 2.3 *sub* B.

[128] Sull'essere Elio Gallo 'giurista' o 'grammatico-giurista', la dottrina è notoriamente divisa: cfr. nel primo senso P. KRÜGER, *Geschichte der Quellen und Litteratur des römischen Rechts*², München - Leipzig 1912, 76 (ma solo «vielleicht»); M. D'ORTA, *Per una storia della cultura dei giuristi repubblicani*, in «BIDR» 90 (1987) 266; G. FALCONE, *Per una datazione del 'de verborum quae ad ius pertinent significatione' di Elio Gallo*, in «AUPA» 41 (1991) 225 ss.; ID., *Ricerche sull'origine dell'interdetto 'uti possidetis'*, in «AUPA» 44 (1996) 26 s.; F. SINI, *A quibus iura praescribebantur. Ricerche sui giuristi del III a.C.*, Torino 1995, 58 ss. Nel secondo: F. P. BREMER, *Iurisprudentiae Antehadrianae quae supersunt*, I, Lipsiae 1896, 245 (che però sembra porre l'accento sulla formazione di grammatico: «grammaticus iuris non ignarus»); D. LIEBS, *Gaius und Pomponius*, in AA.VV., *Gaio nel suo tempo* (Atti Napoli 1965), Napoli 1966, 68 nt. 52; M. BRETONE, *Manilio e il 'nexum'*, in «Iura» 32 (1981) 145 e nt. 8; ID., *I fondamenti del diritto romano. Le cose e la natura*, Roma - Bari 1998, 64; A. BURDESE, *Considerazioni sulle res corporales e incorporales quali elementi del patrimonio (in margine al pensiero di Gaetano Scherillo)*, in *Gaetano Scherillo* (Atti Milano 1992), Milano 1994 = *Miscellanea romanistica*, Madrid 1994, 189; B. ALBANESE, *Brevi studi di diritto romano*, in «AUPA» 42 (1992) 61; F. HORAK, *Wer waren die 'veteres'? Zur Terminologie der klassischen römischen Juristen*, in *Vestigia iuris Romani (Festschrift G. Wesener)*, Graz 1992, 225. In precedenza avevo definito Elio Gallo «antiquario» interessato a questioni giuridiche (R. FIORI, *Homo sacer. Dinamica politico-costituzionale di una sanzione giuridico-religiosa*, Napoli 1996, 27); alla luce del passo qui esaminato, tenderei ora ad ammettere una vera e propria qualità di giurista, ma tenendo conto del fatto che, soprattutto alla luce del forte interesse dei giuristi repubblicani per la chiarificazione dei *verba*, simili distinzioni sono forse troppo rigide.

almeno alla luce delle più recenti ricerche — verso la fine del II sec. a.C.[129]. Peraltro, quando si accolga questa datazione, non dovrebbero sorgere dubbi circa il fatto che nel testo l'uso di *locare* sia da ricondurre alla locazione consensuale.

Il giurista repubblicano è citato da Gaio nel suo commento alle XII tavole — forse indirettamente[130] —, in un contesto che parrebbe sostanzialmente slegato da riferimenti alla realtà decemvirale[131], e cioè rispetto alla condanna del possessore al *restituere* i *fructus* nella *rei vindicatio* formulare[132].

Il punto di partenza di Gaio[133] è il problema del calcolo dei frutti rispetto alla *rei vindicatio* di cose infruttifere (*argentum, vestimentum* o *alia similis res*) oppure di situazioni giuridiche come la *nuda proprietas* — in cui a rigore non sarebbe individuabile alcun frutto — o l'*usus fructus* — che, inteso come 'rapporto giuridico', non può essere di nuovo stimato come *fructus*, inteso come 'reddito'[134].

Nel dare una soluzione al problema, Gaio parte dalla *nuda proprietas*, e chiarisce che, se l'usufrutto si sia estinto durante il processo,

---

[129] Sulla questione cfr., da ultimo, FALCONE, *Elio Gallo*, cit., 225 ss.

[130] Cfr. F. BONA, *Alla ricerca del 'de verborum, quae ad ius civile pertinent, significatione' di C. Elio Gallo*. I. *La struttura dell'opera*, in «BIDR» 90 (1987) 125 s.

[131] Cfr. per tutti, in questo senso, DILIBERTO, *Materiali*, cit., I, 60. Tuttavia, è verisimile che lo spunto per il passo sia stato offerto, tanto a Elio Gallo quanto a Gaio, dall'esigenza di spiegare il termine *fructus* di *tab*. 12. 3 = Fest. *verb. sign*. s.v. *vindiciae* (LINDSAY, 518): *si vindiciam falsam tulit, si velit is ... tor arbitros tris dato, eorum arbitrio ... fructus duplione damnum decidito* (cfr. anche Gai. 4. 94: *olim, cum lege agebatur, pro lite et v<in>diciis, id est, pro re et fructibus, a possessore petitori dabantur praedes*).

[132] Cfr. per tutti M. KASER, *Restituere als Prozeßgegenstand*², München 1968, 9 s.

[133] Gai. 6 *ad l. XII tab*. D. 22. 1. 19 pr.: *videamus, an in omnibus rebus petitis in fructus quoque condemnatur possessor. quid enim si argentum aut vestimentum aliamve similem rem, quid praeterea si usum fructum aut nudam proprietatem, cum alienus usus fructus sit, petierit? neque enim nudae proprietatis, quod ad proprietatis nomen attinet, fructus ullus intellegi potest, neque usus fructus rursus fructus eleganter computabitur. quid igitur, si nuda proprietas petita sit? ex quo perdiderit fructuarius usum fructum, aestimabuntur in petitione fructus. item si usus fructus petitus sit, Proculus* (fr. 105 LENEL) *ait in fructus perceptos condemnari*. La fonte è stata sospettata di interpolazioni da G. VON BESELER, *Romanistische Studien*, in «TR» 8 (1928) 283; ID., *Textkritische Studien*, in «ZSS» 53 (1933) 27 («stark überarbeitet»); B. BIONDI, *Appunti intorno alla sentenza nel processo civile romano*, in *Studi P. Bonfante*, IV, Milano 1930, 64, ma è generalmente considerata «sachlich unbedenklich» (cfr. per tutti M. KASER, *Zum Fruchterwerb des Usufruktuars*, in *Studi G. Scherillo*, I, Milano 1972 = *Ausgewählte Schriften*, II, Napoli 1976, 157).

[134] Per il chiarimento del rapporto tra *ususfructus* e *fructus* in questo passo cfr. M. BRETONE, *La nozione romana di usufrutto*. I. *Dalle origini a Diocleziano*, Napoli 1962, 44.

i frutti dovranno essere computati a partire da quel momento[135]. Poi, a proposito dell'usufrutto, precisa che — secondo l'insegnamento di Proculo — la *condemnatio* deve riguardare i frutti percepiti[136]. Infine, rispetto alle cose infruttifere, cita il parere di Elio Gallo: se sono rivendicate delle vesti o una coppa, deve essere computato nei *fructus* ciò che si sarebbe potuto trarre dalla loro locazione, a titolo di *merces*:

> Ael. Gall. fr. 2 LENEL = Gai. 6 *ad l. XII tab.* D. 22. 1. 19 pr.: praeterea Gallus Aelius putat, si vestimenta aut scyphus petita sint, in fructu haec numeranda esse, quae locata ea re mercedis nomine capi potuerint[137].

Tenuto conto del fatto che non vi è coincidenza tra l'espressione (sicuramente gaiana) '*argentum*' contenuta nella interrogazione e l'espressione '*scyphus*' presente nella soluzione, potremmo pensare addirittura che la citazione di Elio Gallo sia letterale. Ma mi sembra non vi siano elementi per escludere una fedeltà almeno sostanziale alla fonte.

L'angolo visuale da cui partiva Elio Gallo non doveva essere la locazione, ma verisimilmente — posta la struttura della sua opera, *de verborum significatione* — l'analisi del lemma *fructus*[138]: nel chiarire il valore processuale dell'espressione all'interno di una *rei vindicatio*, Gallo fa rientrare la *merces* locativa nel computo dei *fructus*[139].

---

[135] Interpreta in questo modo il testo (sulla scorta di Paul. 21 *ad ed.* D. 6. 1. 33) KASER, *Restituere*², cit., 10; ID., *Zum Fruchterwerb des Usufruktuars*, cit., 415.

[136] Sul rapporto tra questa fonte e i testi in cui si parla di *fructus percipiendi*, cfr. per tutti KASER, *Restituere*², cit., 196.

[137] Le emendazioni alla *littera Florentina* (*quod ... potuerit*) sono proposte dal Mommsen in Th. MOMMSEN - P. KRÜGER (ed.), *Iustiniani Digesta* (ed. min.), in *Corpus iuris civilis*¹⁶, Berolini 1954, 322.

[138] Cfr. BREMER, *Iurisprudentia Antehadriana*, cit., I, 246. Al medesimo lemma, forse, apparteneva anche la definizione di *frumentum* conservata in Paul. 59 *ad ed.* D. 50. 16. 77 — sempre che non si voglia riconoscere nel *Gallus* di cui parla Paolo, il giurista Aquilio Gallo (così O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, I, Lipsiae 1889, 56; BREMER, *op. ult. cit.*, I, 118 e 246 s.; dubbioso KRÜGER, *Geschichte*², cit., 76). Peraltro, posta la struttura lemmatica dell'opera gaiana (cfr. S. MORGESE, *Appunti su Gaio ad legem XII Tabularum*, in AA.VV., *Il modello di Gaio nella formazione del giurista* [Atti Torino 1978], Torino 1981, 115; O. DILIBERTO, *Considerazioni intorno al commento di Gaio alle XII tavole*, in «Index» 18 [1990] 404; ID., *Materiali*, cit., I, 52), può darsi che fosse questo anche il punto di partenza di Gaio.

[139] Cfr. U. RATTI, *Note esegetiche sui cosiddetti frutti percipiendi*, in «Ann. Univ. Toscane» 47 (1930) 46; G. LONGO, *L'hereditatis petitio*, Padova 1933, 239;

Al riguardo, non deve trarre in inganno l'espressione *mercedis nomine*. È vero che la locuzione ricorre talora in contesti in cui il negozio, pur essendo avvicinabile alla locazione, non corrisponde propriamente ad una *locatio conductio* perché la *merces* non era stata previamente *data aut constituta*[140]. Tuttavia, altre volte l'espressione è utilizzata per indicare una prestazione interna ad una vera e propria *locatio conductio*: o in modo sostanzialmente sinonimico rispetto a *merces*[141]; oppure per distinguerla dalla *merces* in denaro[142]; o ancora per indicare un pagamento che il conduttore versa non al locatore, ma direttamente all'acquirente della *res* a titolo di prezzo[143]. In D. 22. 1. 19 pr., evidentemente, Elio Gallo intende ricomprendere nel computo dei frutti non solo i pagamenti in denaro (*merces* in senso stretto), ma genericamente tutti quei proventi che sarebbero andati al proprietario della *res* qualora avesse potuto locarla.

Il passo è importante perché permette di datare già in epoca repubblicana un principio che troviamo attestato — in altre fonti — solo in età tardo-classica. Ad esempio, in Papiniano leggiamo che nella *rei vindicatio* di una nave, di una *taberna* o di un'*area quae locari solent*, occorre computare le mercedi come *fructus*[144]; così come spetta al *dominus* a titolo di *fructus* ciò che il *praedo* ha ottenuto *mercedis nomine* locando degli *urbana praedia*, oppure come *vectura* della locazione di una nave, o ancora come *merces* delle *operae* del *servus*[145]. Anche Ulpiano, trattando dell'*hereditatis petitio*, scrive che le *mercedes* derivanti dalla locazione dei fondi, dei servi, delle navi e degli

---

[140] Gai. 10 *ad ed. prov.* D. 19. 5. 22.

[141] Pap. 6 *quaest.* D. 12. 6. 55, su cui cfr. *infra*.

[142] Afr. 8 *quaest.* D. 19. 2. 35. 1 (pagamento in natura; sul passo cfr. *infra*, cap. IV § 6); Lab. 5 *post. a Iav. epit.* D. 20. 6. 14 (accettazione di un fideiussore *mercedis nomine*).

[143] Proc. 6 *epist.* D. 18. 1. 68 pr.

[144] Pap. 6 *quaest.* D. 6. 1. 62 pr.: *si navis a malae fidei possessore petatur, et fructus aestimandi sunt, ut in taberna et area quae locari solent. quod non est ei contrarium, quod de pecunia deposita, quam heres non attingit, usuras praestare non cogitur: nam etsi maxime vectura sicut usura non natura pervenit, sed iure percipitur, tamen ideo vectura desiderari potest, quoniam periculum navis possessor petitori praestare non debet, cum pecunia periculo dantis faeneretur.*

[145] Pap. 6 *quaest.* D. 12. 6. 55: *si urbana praedia locaverit praedo, quod mercedis nomine ceperit, ab eo qui solvit non repetetur, sed domino erit obligatus. idemque iuris erit in vecturis navium, quas ipse locaverit aut exercuerit, item mercedibus servorum, quorum operae per ipsum fuerint locatae. nam si servus non locatus mercedem ut domino praedoni rettulit, non fiet accipientis pecunia. quod si vecturas navium, quas dominus locaverat, item pensiones insularum acceperit, ob indebitum ei tenebitur, qui non est liberatus solvendo. quod ergo dici solet praedoni fructus posse condici, tunc locum habet, cum domini fructus fuerunt.*

animali da trasporto *loco sunt fructuum*[146]. Così come lo stesso giurista, rispetto all'azione promossa dal beneficiario di un *legatum* (*per damnationem* o *sinendi modo*[147]), precisa che si deducono nella domanda non i frutti che l'erede ha effettivamente percepito, ma quelli che il legatario avrebbe potuto percepire; e che quel che si dice in ordine ai frutti può ripetersi rispetto alle *operae* dei servi, alle *vecturae* derivanti dalla locazione degli animali da trasporto, ai *naula* delle navi, alle *pensiones* degli edifici[148]. E gli esempi si potrebbero moltiplicare[149].

In queste fonti non c'è, come si vede, una identificazione 'ontologica' tra *merces* e *fructus*, quanto piuttosto una corrispondenza funzionale: la mercede non è 'frutto' in senso proprio, ma il suo regime giuridico è parificato a quello dei frutti — per dirla con Ulpiano, le *mercedes loco sunt fructuum*. Probabilmente una simile corrispondenza passava per quella concezione del *fructus* come 'reddito' che è stata indagata dal Bretone — avvalendosi proprio di D. 22. 1. 19 pr. — rispetto all'usufrutto[150]: la *merces* è affiancata ai *fructus* perché rappresenta, come questi, l'espressione di un reddito concepito come *frui*;

---

[146] Ulp. 15 *ad ed.* D. 5. 3. 29: *mercedes plane a colonis acceptae loco sunt fructuum. operae quoque servorum in eadem erunt causa, qua sunt pensiones: item vecturae navium et iumentorum.*

[147] Nel primo senso cfr. KASER, *Restituere*², cit., 52 (che segue la prima edizione, del 1932; nei *Nachträge* del 1968 [*ibid.*, 203], l'a. è maggiormente aperto alla possibilità del *legatum sinendi modo*; cfr. anche ID., *Das legatum sinendi modo in der Geschichte des römischen Vermächtnisrechts*, in «ZSS» 67 [1950] 347 nt. 45); N. BAMMATE, *Origine et nature du legs 'sinendi modo'*, Lausanne-Paris 1947, 121; A. PEZZANA, *Contributi allo studio del legato 'sinendi modo'*, Milano 1958, 10; P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, II², Milano 1963, 395 nt. 8; K.-H. BELOW, *Die Haftung für lucrum cessans im römischen Rechts*, München 1964, 55 s. (cfr. G. IMPALLOMENI, in «Iura» 16 [1965] 227 s.). Nel secondo U. COLI, *Lo sviluppo delle varie forme di legato nel diritto romano*, Roma 1920, 131; G. VON BESELER, *Romanistische Studien*, in «TR» 10 (1930) 198; H. NIEDERMEYER, *Studie zu den wissenschaftilichen Grundlagen der Lehre von der Mora seit Sabinus*, in *Festschrift Fr. Schulz*, I, Weimar 1951, 408 nt. 2.

[148] Ulp. 21 *ad Sab.* D. 30. 39. 1: *fructus autem hi deducuntur in petitionem, non quos heres percepit, sed quos legatarius percipere potuit: et id in operis servorum vel vecturis iumentorum vel naulis navium dicendum. quod in fructibus dicitur, hoc et in pensionibus urbanorum aedificiorum intellegendum erit.* Il KASER, *Restituere*², cit., 52, pensava nella prima ed. (1932) ad una soppressione compilatoria delle parole *post litem contestatam* tra *legatarius* e *percipere*, ma nei *Nachträge* del 1968 ha manifestato dubbi sull'integrazione.

[149] Cfr. anche Pap. 9 *resp.* D. 36. 1. 60. 5; Paul. 17 *ad Plaut.* D. 12. 6. 65. 7; Ulp. 61 *ad ed.* D. 42. 5. 8. 2; Ulp. 1 *ad ed. aedil. curul.* D. 21. 1. 23. 9; Marcian. *ad form. hypoth.* D. 20. 1. 11. 1, in cui la *merces* è computata tra i *fructus* o ad essi parificata.

[150] BRETONE, *Usufrutto*, cit., I, 43 ss.

non è probabilmente un caso che la locazione sia consentita al solo *fru tuarius* della *res*, e interdetta all'*usuarius*[151].

Il fatto che tutto ciò appaia testimoniato in una fonte del II sec. a.C. è altamente significativo: ci troviamo dinanzi ad una concettualizzazione che, per la sua risalenza, potrebbe aver avuto una funzione fondante nella caratterizzazione della *locatio conductio*. Ma è troppo presto per trarre conclusioni di qualsiasi genere. L'importanza di questi risultati apparirà più chiara oltre[152].

4. 'LOCATIO CONDUCTIO' E TRASFERIMENTO DEL 'DOMINIUM' IN QUINTO MUCIO (D. 34. 2. 34 PR.).

4.1. *Il testo.*

Anche il frammento di Quinto Mucio che ci apprestiamo ad esaminare tratta della locazione solo indirettamente[153], essendo verisimilmente relativo ad una *quaestio* in materia di legati[154]:

> Pomp. 9 *ad Q. Muc.* D. 34. 2. 34 pr.: scribit Quintus Mucius (2 *iur. civ.* fr. 6 LENEL): si aurum suum omne pater familias uxori suae legasset, id aurum, quod aurifici faciundum dedisset aut quod ei deberetur, si ab aurifice ei repensum non esset, mulieri non debetur. *Pomponius*: hoc ex parte verum est, ex parte falsum. nam de eo, quod debetur, sine dubio: ut puta si auri libras stipulatus fuerit, hoc aurum, quod ei deberetur ex stipulatu, non pertinet ad uxorem, cum illius factum adhuc non sit: id enim, quod suum esset, non quod in actione haberet,

---

[151] Cfr. *infra*, cap. III § 4.

[152] Cfr. *infra*, cap. VI § 2.

[153] In realtà, l'unico frammento di Quinto Mucio in cui esplicitamente si accenna alla locazione è il noto passo del *de officiis* ciceroniano in cui si riporta un elenco dei *iudicia bonae fidei*. Cfr. Q. Muc. fr. 54 LENEL = Cic. *off.* 3. 70: *Q. quidem Scaevola pontifex maximus summam vim dicebat esse in omnibus iis arbitriis, in quibus adderetur ex fide bona, fideique bonae nomen existimabat manare latissime idque versari in tutelis, societatibus, fiduciis, mandatis, rebus emptis venditis, conductis locatis, quibus vitae societas contineretur. in his magni esse iudicis statuere, praesertim cum in plerisque essent iudicia contraria, quid quemque cuique praestare oporteret.*

[154] La collocazione del passo nel Digesto, in materia di legati, non tradisce la posizione del frammento nell'opera di Pomponio e, prima ancora, di Q. Mucio. Secondo dottrina unanime, infatti, il responso doveva trovare posto nel secondo dei diciotto libri *iuris civilis* del giurista repubblicano, *de legatis* appunto.

legavit. in aurifice falsum est, si aurum dederit ita, ut ex eo auro aliquid sibi faceret: nam tunc, licet apud aurificem sit aurum, dominium tamen non mutavit, manet tamen eius qui dedit et tantum videtur mercedem praestaturus pro opera aurifici: per quod eo perducimur, ut nihilo minus uxori debeatur. quod si aurum dedit aurifici, ut non tamen ex eo auro fieret aliquod corpusculum, sed ex alio, tunc, quatenus dominium transit eius auri ad aurificem (quippe quasi permutationem fecisse videatur), et hoc aurum non transibit ad uxorem.

Nella prima parte del frammento, è riportato un responso di Q. Mucio. Il quesito proposto al giurista è il seguente: un *paterfamilias* ha realizzato un legato (*per damnationem?*[155]) di *omne aurum suum* a favore della moglie. È compreso nel *suum* anche l'oro che il *pater* abbia dato ad un orefice per la lavorazione, o che a lui sia dovuto, se l'oro non sia stato ripesato dall'orefice stesso? Secondo Q. Mucio, quest'oro non è dovuto alla moglie.

Pomponio commenta che il parere di Mucio è in parte esatto e in parte errato. E, per spiegarsi meglio, distingue tre ipotesi:

a) Q. Mucio è nel giusto[156] rispetto a ciò che sia dovuto al testatore (*quod debetur*). Infatti, se per esempio una certa quantità di oro fosse dovuta al marito *ex stipulatu*, non potrebbe spettare alla *uxor*, perché il marito ha legato ciò che era suo (*id ... quod suum esset*), non ciò che gli era dovuto (*non quod in actione haberet*);

b) al contrario, prosegue Pomponio, il parere del giurista repubblicano è *falsum* rispetto all'*aurum faciundum* dato dal testatore all'orefice. In tal caso, infatti, il *dominium* non viene trasmesso, ma la cosa resta del committente: all'orefice è semplicemente dovuta una *merces pro opera*, e l'oro spetta alla moglie;

c) naturalmente, precisa Pomponio, è diverso il caso in cui l'oro sia stato dato all'orefice non affinché egli ne traesse il manufatto, ma perché il lavoro fosse realizzato *ex alio auro*: in tal caso la proprietà

---

[155] Sul problema della qualificazione giuridica del legato, cfr. per tutti N. BENKE, *Zum Eigentumserwerb des Unternehmers bei der 'locatio conductio irregularis'*, in «ZSS» 104 (1987) 161 ss. e A. METRO, *Locazione e acquisto della proprietà: la cd. locatio-conductio 'irregularis'*, in *Seminarios Complutenses de derecho romano*, 7 (1995) 195 e nt. 19, i quali propendono entrambi per un legato *per damnationem* (ma cfr., per l'ipotesi di un legato *per vindicationem*, ad es., MAYER-MALY, *Locatio conductio*, cit., 38).

[156] Th. MOMMSEN (ed.), *Digesta Iustiniani Augusti* (ed. mai.), II, Berolini 1870, 155, seguito da S. DI MARZO, *Saggi critici sui libri di Pomponio 'ad Quintum Mucium'*, Palermo 1899-1900, 75, proponeva di inserire un *verum est* dopo *sine dubio*.

dell'oro passa all'orefice, come in una sorta di permuta, e l'oro non spetta alla *uxor*.

Poiché il responso muciano è stato spesso spiegato alla luce del commento di Pomponio, converrà, in questa sede, esaminare entrambi, anche se la prospettiva del giurista più tardo apparirà maggiormente chiara alla luce delle discussioni sui confini della *locatio conductio* che occuperanno i giuristi del primo principato[157].

4.2. *Il responso di Q. Mucio.*

Il frammento di Q. Mucio non sembra presentare particolari difficoltà rispetto alla prima e all'ultima frase (*si aurum suum omne pater familias uxori suae legasset ...; mulieri non debetur*). Ma è estremamente complessa e discussa l'interpretazione della parte centrale della testimonianza, e precisamente delle tre proposizioni: *id aurum, quod aurifici faciundum dedisset, aut quod ei deberetur, si ab aurifice ei repensum non esset.*

a) La prima fattispecie da identificare è quella dell'*aurum faciundum datum* (*id aurum, quod aurifici faciundum dedisset*), la quale pone all'interprete almeno due problemi.

a_1) Innanzitutto, è discussa la qualificazione del rapporto intercorso tra *pater* e *aurifex*. Secondo l'Amirante e il Metro, il fatto che Mucio non parli di *aurum faciundum locare*, bensì di *dare*, dimostrerebbe che il giurista repubblicano non vedeva nel rapporto un (unico) contratto di locazione[158]: per l'Amirante, Mucio avrebbe pensato a due negozi, uno di locazione (delle *operae*) e uno di mutuo (dell'*aurum*)[159]; il Metro, invece, sembrerebbe ravvisare nella soluzione muciana il rinvio ad una *permutatio*[160].

---

[157] Cfr. *infra*, cap. IV §§ 2-4.

[158] AMIRANTE, *Ricerche*, cit., 66; METRO, *Locatio conductio irregularis*, cit., 198 s.

[159] AMIRANTE, *Ricerche*, cit., 72 s. nt. 17; cfr. in senso simile già C. LONGO, *Appunti sul deposito irregolare*, in «BIDR» 18 (1906) 137 ss., che tuttavia pensava ad un concorso di *mutuum* e *locatio operis*.

[160] Il METRO, *Locatio conductio irregularis*, cit., 198 s., per la verità, non si pronuncia espressamente circa la qualificazione giuridica del rapporto in Q. Mucio, ma credo di interpretare correttamente il suo pensiero: delle tre qualificazioni del rapporto da egli ritenute possibili, ossia compravendita, locazione e permuta (*ibid.*, 199), la prima non è applicabile alla fattispecie (perché nel nostro caso il committente non si limita a pagare un *pretium*, ma dà dell'oro all'orefice) e la locazione è dall'a. esplicitamente esclusa. Pensava ad

Tuttavia, mi sembra, l'uso del verbo *dare* al posto di *locare* non può essere ritenuto determinante ai fini della qualificazione del negozio: anche Pomponio e Gaio utilizzano il verbo *dare* per significare l'attribuzione di oro o argento a un orefice affinché ne tragga manufatti, ma qualificano esplicitamente il rapporto come *locatio conductio*[161]. In realtà, in tutto il Digesto non si trova un solo esempio di *aurum / argentum locare* e, più in generale, ogni volta che si forniscano dei materiali ad un artefice affinché ne ricavi un prodotto, si usa il verbo *dare* al posto di *locare*[162]: così, sempre discutendo esplicitamente di locazione, Sabino parla di *dare aream, ubi insulam aedificare*[163] e Ulpiano di *calicem diatretum faciendum dare* e di *gemmam includendam aut insculpendam dare*[164].

Riterrei dunque che, pur se in mancanza di una esplicita qualificazione giuridica del negozio, non vi siano ragioni di natura testuale per escludere che con *aurum faciundum dare* possa essere inteso — secondo il valore usuale dell'espressione — un rapporto di *locatio conductio*.

a_2) Un secondo problema è rappresentato dalla identificazione delle caratteristiche specifiche dell'*aurum faciundum datum* rispetto all'altra categoria di oro presente nel passo, ossia l'*aurum debitum*. Secondo il Benke[165], tanto l'*aurum faciundum datum* quanto l'*aurum debitum* riguarderebbero una locazione, e la differenza tra le due ipotesi sarebbe data dalla diversa tipologia di materiali fornita dal committente. Nella prima si alluderebbe agli oggetti d'oro ('Goldgegenstände') dati dal *pater* all'*aurifex* perché questi possa coprire le spese per il materiale, senza che per l'artigiano nascesse un obbligo di utilizzare, per il lavoro, proprio l'oro ricevuto, e potendo a tal fine essere usato anche altro oro del medesimo valore. Nella seconda, invece,

---

una permuta anche E. DE SANCTIS, *Interpretazione del fr. 31 D. 19.2*, in «SDHI» 12 (1946) 106 s.

[161] Pomp. 9 *ad Q. Muc.* D. 34. 2. 34 pr.: ... *si aurum dederit ita ut* ...; e Gai. 3. 147: ... *si meum aurum ei dedero* ...; 2 *rer. cott.* D. 19. 2. 2.1: ... *si ego aurum dedero*...

[162] In generale, sull'uso di *dare* al posto di *locare* cfr. anche KAUFMANN, *Die altrömische Miete*, cit., 239 ss.

[163] Sab. fr. 82 LENEL = Pomp. 9 *ad Sab.* D. 18. 1. 20.

[164] Ulp. 18 *ad ed.* D. 9. 2. 27. 29; 32 *ad ed.* D. 19. 2. 13. 5. Su questi due passi, ma nella prospettiva della 'Schadensersatzverpflichtung', cfr. per tutti E. BERNEKER, *Die Vertragsklauseln über das Risiko und die Schadensersatzverpflichtung beim Werkvertrag im Römischen Recht*, in 'Ερανιον πρὸς Γ. Σ. Μαριδάκην, Α', ἐν 'Αθήναις 1963, 123 ss.

[165] BENKE, *Locatio conductio irregularis*, cit., 171 ss.

dovrebbe riconoscersi l'oro in grani ('Goldkörner') dato dal *pater* all'*artifex* affinché quest'ultimo ne usasse direttamente per realizzare il manufatto[166]: la frase *si ab aurifice ei repensum non esset* dovrebbe infatti essere collegata ad *aut quod ei deberetur*, indicando che l'oro poteva dover essere ripesato nel caso in cui l'oggetto finale avesse avuto un peso minore dell'oro ricevuto.

Non mi sembra che la ricostruzione dell'autore tedesco possa essere accolta. Innanzitutto, essa poggia su un collegamento tra *aut quod ei deberetur* e *si ab aurifice ei repensum non esset* che, come vedremo (*sub b*), non è ammissibile nei termini proposti dallo studioso. Ma, più in generale, essa attribuisce a Q. Mucio una preoccupazione che non è dimostrato egli avesse, e cioè la distinzione tra due tipi di fungibilità[167]: nel primo caso, una fungibilità in senso 'economico'[168], nel senso che si attribuirebbe all'orefice la facoltà di scambiare i 'Goldgegenstände' con altro oro; nel secondo caso, una fungibilità relativa unicamente alla conformazione fisica dell'oro, che diviene, da 'Goldkörner', un manufatto.

Ora, a me pare che, se così fosse, Q. Mucio non avrebbe scritto *aurum faciundum dare*. Il gerundivo *faciundum* — in quanto aggettivo verbale — è attributo di *aurum (datum)*, e dunque, a stretto rigore, dovrebbe indicare che è proprio l'*aurum datum* a dover essere oggetto del *facere*, e non altro oro. In latino, una frase del tipo «oro dato affinché sia realizzato un *facere* (eventualmente su altro oro)» sarebbe stata resa piuttosto con il gerundio (*aurum faciendi causa datum, aurum ad faciendum datum*).

Concluderemo allora che Q. Mucio escludeva ogni possibilità di 'Austausch'? Non penso sia necessario giungere a tanto. Semplicemente, non dobbiamo senz'altro attribuire al giurista repubblicano preoccupazioni che egli forse non aveva, e che invece — come mostrerà il commento di Pomponio — saranno proprie della giurisprudenza successiva. Quando Q. Mucio scriveva *aurum faciundum dare*,

---

[166] Mi sembra inesatta l'interpretazione del pensiero del Benke fornita da M. TALAMANCA, in «BIDR» 91 (1988) 914, nella parte in cui ritiene che l'a. non prenda «nemmeno in considerazione per il *pontifex* l'ulteriore alternativa che le parti avessero pattuito che l'oggetto fosse prodotto esclusivamente con l'oro messo a disposizione dal *locator operis*».

[167] BENKE, *Locatio conductio irregularis*, cit., 172: «zwei Arten von Fungibilität».

[168] BENKE, *Locatio conductio irregularis*, cit., 173: «eine wirtschaftliche Vertretbarkeit».

egli utilizzava l'espressione perché probabilmente, nella normalità dei casi, quando fosse stato dato dell'oro per la realizzazione di anelli, questi ultimi sarebbero stati tratti proprio da quell'oro. Ma tutto ciò, nel pensiero del giurista, non escludeva in assoluto la possibilità che l'orefice potesse usare altro oro: se infatti l'*aurum faciundum datum* non spetta alla moglie perché non è nel patrimonio del marito (ossia non rientra nel *suum*), significa che esso è passato nel patrimonio dell'orefice, e dunque può essere restituito nel *tantundem*. Cosicché l'orefice può usare quello stesso oro oppure utilizzarne altro senza che ciò costituisca un problema — almeno per Q. Mucio.

b) A questo punto occorre identificare la seconda categoria di oro, quella dell'*aurum debitum* (... *aut quod ei deberetur* ...)[169].

La distinzione proposta dal Benke, come si è visto, non può essere accettata: se *aurum faciundum datum* indica l'oro dato 'da trasformare', *aurum debitum* non può indicare i 'Goldkörner', perché le due figure di *aurum* finirebbero per coincidere. Potremmo pensare, con il Talamanca, che l'*aurum quod ei deberetur* sia identificabile con l'«oro dovuto in altri rapporti obbligatori, diversi dalla *locatio operis*» (alla quale si riferisce l'*aurum faciundum datum*[170]); oppure, con il Metro — il quale, come si ricorderà, esclude che nel frammento di Q. Mucio si faccia riferimento a un rapporto di locazione —, che l'*aurum quod ei deberetur* sia l'oro dovuto al testatore non dall'orefice, ma da chiunque altro[171]. Tuttavia, entrambe queste due ultime interpretazioni sono contraddette dall'esame della terza parte del periodo (*si ab aurifice ei repensum non esset*).

L'ultima frase deve essere infatti riferita a entrambe le fattispecie: il soggetto logico delle tre proposizioni è sempre *id aurum*[172], e non vi sono ragioni per spezzare il legame tra questo e l'ultima frase,

---

[169] Tralascio le ipotesi interpolazionistiche (cfr. E. LEVY - E. RABEL [cur.], *Index interpolationum*, II, Weimar 1931, 293, cui *adde* per tutti MAYER-MALY, *Locatio conductio*, cit., 38 ss.), cui aderiva anche l'AMIRANTE, *Ricerche*, cit., 66 e nt. 2: come ha esattamente rilevato il METRO, *Locatio conductio irregularis*, cit., 196, l'espunzione comporterebbe l'eliminazione di «tutta la parte del frammento contenente la nota di Pomponio, che riprende il discorso proprio dal '*quod debetur*'».

[170] Così TALAMANCA, in «BIDR» 91 (1988), cit., 914.

[171] METRO, *Locatio conductio irregularis*, cit., 197.

[172] Così anche TALAMANCA, in «BIDR» 91 (1988), cit., 914.

riferendo la *repensio* solo all'*aurum debitum* (Benke)[173] o all'*aurum faciundum datum* (Metro)[174]. E allora:

— rispetto all'*aurum faciundum datum*, il valore dell'ultima proposizione è abbastanza piano: una volta dato dell'oro per la realizzazione di un manufatto, l'oro viene pesato una prima volta al momento della dazione e ripesato (*repensum*) nuovamente a lavoro finito, per verificare la corrispondenza tra la quantità di oro dato e quella di oro utilizzato[175];

— rispetto all'*aurum debitum*, la frase in discorso fa comprendere, da un lato, che il rapporto è ancora e soltanto con l'orefice (contrariamente a quanto sostenuto dal Metro[176]). Dall'altro, che nella fattispecie immaginata da Mucio il debito era unicamente quello che seguiva ad una precedente *datio* (che aveva provocato una prima *pensio*), e che pertanto il giurista repubblicano non vedeva nell'*aurum debitum* una «qualsiasi altra obbligazione in cui il testatore potesse vantare un *dare oportere* avente ad oggetto dell'oro» (come invece sostiene il Talamanca[177]) quale ad esempio la *stipulatio* di cui parla Pomponio (cfr. § 3.3), ma solo un'obbligazione che comportava una previa dazione. Potremmo pensare ad esempio ad un mutuo, nel quale la proprietà passa a seguito di una *datio*. Ma potremo anche immaginare che Mucio avesse in mente l'oro avanzato dalla lavorazione di un oggetto già finito (ed eventualmente già restituito), che dovesse ancora essere ritrasferito dall'orefice al *pater*. E quest'ultima ipotesi — dato il tenore generale del passo, che tratta di un rapporto di committenza — mi sembra la più verisimile.

---

[173] Cfr. *supra*, *sub a)*.

[174] METRO, *Locatio conductio irregularis*, cit., 196.

[175] Né è possibile asserire, con il METRO, *Locatio conductio irregularis*, cit., 196 s., che in tal caso l'ultima frase non avrebbe senso — e dunque dovrebbe essere considerata come una glossa, forse influenzata dalla problematica discussa nella seconda parte del testo —, in quanto «non vi è esatta corrispondenza fra la possibilità di una restituzione da parte dell'orefice di un equivalente in oro e tutti i casi che invece potrebbero essere ricompresi nell'espressione '*aurum faciundum*' (dalla consegna di oggetti d'oro per una riparazione a quella di oro da fondere per la lavorazione di monili)»: come ha dimostrato il BENKE, *Locatio conductio irregularis*, cit., 172 nt. 44, nell'espressione *aurum faciundum* non possono essere ricomprese «bloße Reparaturenarbeiten».

[176] METRO, *Locatio conductio irregularis*, cit., 197.

[177] TALAMANCA, in «BIDR» 91 (1988), cit., 915.

In conclusione:

a) per *aurum faciundum datum* dobbiamo intendere l'oro dato dal *pater* all'orefice in virtù di un rapporto di locazione affinché siano realizzati dei manufatti (tendenzialmente, ma non necessariamente) da quell'oro — che è passato nel *dominium* dell'*aurifex* attraverso una *pensio*, ma non è stato ancora lavorato e dunque non restituito (ossia ripesato);

b) per *aurum quod ei deberetur* dobbiamo intendere l'oro dato dal *pater* all'orefice in virtù di un rapporto di locazione in cui il *facere* dell'artigiano sia già stato realizzato e il manufatto sia stato consegnato (e in ciò questa categoria di *aurum* si differenzia da quello *faciundum datum*), ma che non si è ancora esaurito del tutto sotto il profilo della restituzione dell'oro non utilizzato, non essendo ancora stata realizzata la *repensio*.

In entrambi i casi, essendo stato trasferito e non ancora restituito, l'oro non è nel patrimonio del *pater*, bensì in quello dell'orefice. Per Quinto Mucio, insomma, è possibile che all'interno di una locazione si realizzi un passaggio di *dominium*[178].

Ciò non significa, è ovvio, che per il giurista repubblicano in ogni tipo di locazione — anche quando si locasse un fondo da coltivare, o un'*insula* da abitare, o una veste da lavare — si trasferisse la proprietà della *res* dal locatore al conduttore[179], ma semplicemente che il passaggio di proprietà non è di impedimento alla riconduzione del rapporto allo schema della *locatio conductio* — cosa che invece, come vedremo meglio tra breve, avverrà in alcune correnti della giurisprudenza successiva.

---

[178] Per O. BEHRENDS, *Die Rechtsformen des römischen Handwerks*, in H. JANKUHN - W. JANSSEN - R. SCHMIDT-WIEGAND - H. TIEFENBACH (hrsg.), *Das Handwerk in vor- und frühgeschichtlicher Zeit*, Göttingen 1981, 198 nt. 290, Q. Mucio con *suum* intenderebbe riferirsi non al *dominium ex iure quiritium*, ma ad un giusto «Fremdbesitz». Mi sembra, però, che non vi siano elementi per giustificare una simile conclusione: come vedremo più avanti nell'esegesi di D. 19. 2. 31 (cap. II § 1), la giurisprudenza tardo-repubblicana ammetteva che nella *locatio conductio* potesse verificarsi un passaggio di proprietà.

[179] L. DE SARLO, *Alfeno Varo e i suoi 'Digesta'*, Milano 1940, 109, pensa che in D. 34. 2. 34 pr. Q. Mucio affermasse che «sempre la proprietà dei materiali fungibili dati all'artefice passa a costui», e da ciò desume che Servio si ponesse in contrasto con il giurista più antico. Ma non vi è nulla di tutto ciò nel frammento muciano.

4.3. *Il commento di Pomponio.*

Come si ricorderà, il commento di Pomponio si divide in tre parti. La prima si riferisce all'*aurum quod debetur*; la seconda e la terza riguardano invece l'*aurum faciundum datum*. Nel discorso di Pomponio l'unitaria fattispecie muciana viene infatti spezzata, essendo suddivisa in due distinte ipotesi: quella dell'oro dato affinché da esso siano tratti i manufatti (*si aurum dederit ita, ut ex eo auro aliquid sibi faceret*), e quella dell'oro consegnato affinché il prodotto del lavoro dell'orefice sia tratto da altro oro (*ut non tamen ex eo auro fieret aliquod corpusculum, sed ex alio*).

a) Nella prima porzione di testo, Pomponio afferma che Q. Mucio è nel giusto: l'oro dovuto al marito dall'orefice, ad esempio in virtù di una *stipulatio*, non rientra nel *suum*, e dunque non è dovuto alla moglie[180].

La difficoltà principale è rappresentata dall'esempio della *stipulatio*. Pomponio apparentemente non smentisce Mucio, e tuttavia ne muta completamente la prospettiva. Il giurista repubblicano manteneva l'*aurum debitum* all'interno di un rapporto di locazione: l'*aurum quod ei deberetur*, come abbiamo visto, era verisimilmente l'oro avanzato dalla lavorazione di un oggetto già finito (ed eventualmente già consegnato), che doveva ancora essere ritrasferito dall'orefice al *pater*; in altre parole, nella concezione di Mucio i materiali passavano nella proprietà del conduttore, spettando al locatore unicamente un diritto di credito su di essi. Pomponio, invece, sente il bisogno di far riferimento ad un rapporto differente dalla locazione, e richiama la *stipulatio*[181]. Le ragioni di un simile mutamento appariranno chiare più avanti; per il momento, procediamo nella lettura.

b) Rispetto al caso in cui l'oro sia stato dato affinché da esso siano tratti i manufatti, il responso di Q. Mucio è invece *falsum*: contrariamente a quanto affermato dal giurista repubblicano, l'oro è dovuto

---

[180] Che non si tratti di impossibilità giuridica, posta la probabile natura *per damnationem* del legato, è rilevato dal METRO, *Locatio conductio irregularis*, cit., 198.

[181] Anche il BENKE, *Locatio conductio irregularis*, cit., 176 s., rileva come nell'esempio di Pomponio si resti al di fuori del 'Werkvertrag', ma non spiega la motivazione di un simile cambiamento; cfr. anche J. A. C. THOMAS, *Non solet locatio dominium mutare*, in *Mélanges Ph. Meylan*, I, Lausanne 1963, 347; ID., *Locatio conductio emptio venditio und specificatio*, in «ZSS» 81 (1964) 118.

alla *uxor*, perché il *dominium* non è passato all'orefice ma è rimasto al committente, il quale è tenuto unicamente a pagare una *merces pro opera*[182].

Il dissenso tra i due giuristi è stato variamente interpretato.

Secondo il Benke la diversità di soluzione deriverebbe da una differente rappresentazione delle caratteristiche fisiche dell'*aurum*: Q. Mucio avrebbe pensato ad oro individuato solo nella quantità, mentre Pomponio avrebbe avuto in mente oggetti d'oro individuati o comunque in quantità separate e riconoscibili[183]. Secondo il Metro, invece, la divergenza sarebbe determinata da una differente qualificazione giuridica dei negozi: per Q. Mucio l'*aurum faciundum datum* non sarebbe riconducibile alla locazione, mentre a questo contratto penserebbe Pomponio. Ne conseguirebbe che Q. Mucio può ammettere il passaggio del dominio dei materiali, mentre Pomponio è costretto a negarlo[184].

Nessuna delle due soluzioni mi sembra però possa essere accolta. La prima, perché introduce nel passo un elemento — la diversa natura dell'*aurum* — del tutto assente. La seconda perché, come abbiamo visto sopra, anche per Mucio l'*aurum faciundum datum* rientrava in una *locatio conductio*[185].

---

[182] Per il DI MARZO, *Pomponio 'ad Quintum Mucium'*, cit., 75, seguito da F. E. VASSALLI, *Delle obbligazioni di genere in diritto romano*, in «St. Senesi» 26 (1909) 63 s., e da F. BONIFACIO, *Ricerche sul deposito irregolare in diritto romano*, in «BIDR» 49-50 (1947) 104, i periodi *dominium tamen non mutavit* ed *et tantum videtur mercedem praestaturus pro opera aurifici*, sarebbero spurii; ma mi sembra che, invece, essi si inseriscano bene nella logica del passo.

[183] BENKE, *Locatio conductio irregularis*, cit., 177 ss.

[184] METRO, *Locatio conductio irregularis*, cit., 198. L'AMIRANTE, *Ricerche*, cit., 65 s., non discute il commento di Pomponio, ma è evidente che anche per lui il contrasto tra i due giuristi dovrebbe essere imputato alla differente qualificazione giuridica del rapporto: per Mucio, l'oro non viene trasferito a titolo di locazione, ma di mutuo, e dunque è logico che la proprietà si trasferisca; per Pomponio si tratta di locazione, e dunque la proprietà non si trasferisce.

[185] Non mi sembra accettabile neanche la proposta di C. LONGO, *Appunti sul deposito irregolare*, cit., 145 s. (ma cfr. anche 153 ss.; l'a. è seguito dal VASSALLI, *Delle obbligazioni di genere in diritto romano*, cit., 64), secondo il quale la difformità di vedute tra i due giuristi sarebbe determinata da un «diverso modo di concepire la qualità giuridica dell'oro», fungibile per Mucio e infungibile per Pomponio, di cui il «disparere nel determinare la struttura del rapporto» sarebbe solo una «conseguenza». Al contrario — sempre per questo a. — la prospettiva della diversa struttura del negozio (la cd. locazione 'irregolare') sarebbe propria della visione giustinianea, intesa a dare «maggior peso alla intenzione delle parti» (*op. cit.*, 155); non mi sembra, però, che una simile differenza di vedute tra Mucio e

Mi pare, piuttosto, doversi riconoscere che tra Q. Mucio e Pomponio vi fosse un reale dissenso in merito ai confini della *locatio conductio*[186]. Come vedremo meglio anche in seguito[187], vi sono infatti elementi per affermare che la giurisprudenza tardo-repubblicana ammettesse il ricorrere di un passaggio di proprietà in un rapporto di locazione, mentre ciò sarà negato vigorosamente da una parte cospicua dei giuristi del principato[188], fra cui dobbiamo evidentemente ricomprendere anche Pomponio. Il passo, in altre parole, mi sembra essere il frutto di una opposizione tra *prudentes*: per Q. Mucio l'*aurum faciundum datum* non è *suum* perché è uscito dal patrimonio del *pater*, e dunque non è dovuto alla *uxor*; per Pomponio, invece, l'oro dato all'orefice non muta proprietà, ma resta al *pater*, rientra nel '*suum*' e pertanto è dovuto alla *uxor*.

Possiamo a questo punto spiegare anche il problema della *stipulatio* contenuta nel testo *sub a*). Q. Mucio poteva parlare di un *aurum* dovuto al *pater* dall'orefice in virtù di un rapporto di locazione, perché riteneva che la proprietà dell'oro passasse all'*artifex* e che al *pater* di conseguenza spettasse solo un diritto di credito. Ma ciò non era possibile per Pomponio, che non ammetteva il passaggio di proprietà dell'*aurum* e, di conseguenza, il sorgere di un *debitum* 'interno' al rapporto di locazione. In realtà, poste le convinzioni di Pomponio in tema di locazione, la conservazione della soluzione muciana da parte del giurista adrianeo — conservazione che, comunque, è fra gli obiettivi di quest'ultimo, nella prospettiva di commentare e utilizzare i *veteres* per la decisione di questioni a lui contemporanee[189] — può passare soltanto attraverso una reinterpretazione del *quod deberetur* di Mucio. Intendendolo, cioè, non più come l'oro dovuto dall'orefice al

---

Pomponio emerga in qualche modo dal passo. Non posso discutere per ragioni di spazio, ma alla luce delle discussioni dell'età del principato (cfr. *infra*, cap. IV § 2-4) mi sembrano insostenibili, le ricostruzioni di chi, come il BONIFACIO, *Ricerche sul deposito irregolare*, cit., 103 ss., ritiene il passo di Pomponio interpolato al punto di ribaltarne il parere: anche il giurista adrianeo avrebbe ammesso il passaggio di proprietà.

[186] Cfr. in questo senso, brevemente, anche TALAMANCA, *La tipicità dei contratti romani*, cit., 77: «Pomp. 9 *ad Q. Muc.* D. 34. 2. 34 pr. mostra come, in epoca più risalente», il trasferimento della proprietà dell'oro all'artefice «fosse probabilmente la configurazione più usata, mentre all'epoca di Gaio doveva esser praticamente obsoleta».

[187] Cfr. *supra*, § 4.2 (Q. Mucio), e *infra*, cap. II § 1 (Servio).

[188] Cfr. *infra*, cap. IV §§ 2-3.

[189] Cfr. D. NÖRR, *Pomponius, oder 'Zum Geschichtsverständnis der römischen Juristen'*, in «ANRW» II. 15, Berlin - New York 1976, 594.

pater in virtù di un rapporto di locazione, ma come l'oro dovuto per altri rapporti diversi dalla locazione, come ad esempio (*ut puta* ...) la *stipulatio* — figura, quest'ultima, che invece era totalmente assente nel discorso muciano.

c) Peraltro, la medesima preoccupazione di conservare — quando possibile — il dettato dei *veteres*, appare evidente nell'ultima parte del brano.

Qui Pomponio aderisce alla soluzione muciana, sostenendo che l'*aurum aurifici datum* non spetta alla moglie. Ma per giungere a questo risultato egli deve leggere l'*aurum datum* non nel senso di oro dato 'da trasformare' (*aurum 'faciundum' datum*: non a caso il gerundivo non compare in Pomponio), bensì nel senso di quell'oro che viene dato all'orefice per pagare il materiale effettivamente utilizzato per la realizzazione del manufatto[190] — *quippe quasi permutationem fecisse videatur*, leggiamo nel testo.

Pomponio, in altre parole, per attribuire valore al responso di Mucio, deve ricondurre la fattispecie non alla locazione, ma ad un negozio atipico[191] vicino alla *permutatio* — pur se non identificabile con esso (cfr. il *quasi*[192]) perché non si realizza tra le parti un mero scambio di cose, ma la dazione di una *res* cui corrispondono un *dare* (l'*alium aurum*) e un *facere*[193].

---

[190] La fattispecie ricorre, senza alcuna qualificazione dogmatica, anche in Mel. fr. 10 LENEL = Ulp. 29 *ad ed.* D. 15. 3. 7. 2: *illud verum non est, quod Mela scribit, si servo meo argentum dederis, ut pocula tibi faceret ex quolibet argento, mox factis poculis servus decesserit, esse tibi adversus me de in rem verso actionem, quoniam possum pocula vindicare.*

[191] Così anche TALAMANCA, in «BIDR» 91 (1988), cit., 915.

[192] Su cui cfr. nt. seg.

[193] Alcuni autori hanno ritenuto di poter ravvisare nel riferimento alla *permutatio* una qualificazione del negozio diversa dalla *locatio conductio* (ed anzi taluni hanno esteso questa soluzione anche al responso di Mucio: cfr. *supra*, § 4.2): cfr. W. SELL, *Beiträge zur Lehre vom Mieth- und Pachtvertrag. Ueber die s. g. 'locatio irregularis'*, in «Arch. f. civ. Prax.» 19 (1836) 328 s. (seguito parzialmente da B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandectenrechts*, II[8], Frankfurt am Main 1900, 706 nt. 12 = *Diritto delle Pandette*, II, Torino 1925, 554 nt. 12 [§ 401]); C. LONGO, *Appunti sul deposito irregolare*, cit., 146; DE SANCTIS, *Interpretazione del fr. 31 D. 19.2*, cit., 106 s.; METRO, *Locatio conductio irregularis*, cit., 198 ss. Una simile prospettiva, però, non può essere accolta.

Innanzitutto, perché nel passo non si parla senz'altro di *permutatio*, ma si afferma che la fattispecie si avvicina ad una *permutatio* (*quippe quasi permutationem fecisse videatur*). Sul valore del *quasi* cfr. S. RICCOBONO, *Dal diritto romano classico al diritto moderno. A proposito di D. 10, 3, 14 (Paul. 3 'ad Plautium')*, in «AUPA» 3-4 (1917) = *Scritti di diritto romano*, II, Palermo 1964, 461 ss., che critica quanti lo ritengono indizio di interpolazione, e lo considera invece strumento proprio della giurisprudenza romana, particolarmente sul

Anche questa parte del brano, dunque, aiuta a determinare la natura del dissenso tra i due giuristi.

4.4. *Conclusioni.*

Al termine dell'esegesi, possiamo ricostruire il tenore generale del passo e il rapporto tra il responso muciano e il commento di Pomponio.

1) La *quaestio* presentata a Q. Mucio riguarda un legato di *omne aurum suum* effettuato da un *pater* a favore della moglie. In particolare, viene chiesto al giurista se sia riconducibile alla categoria del '*suum*':

a) quell'*aurum* che il *pater* abbia dato ad un orefice per trarne dei manufatti e che non sia stato ancora restituito (*id aurum, quod aurifici faciundum dedisset* ... *si ab aurifice ei repensum non esset*);

b) oppure quell'*aurum* che sia avanzato da un lavoro già realizzato e consegnato, ma che non sia stato ancora restituito (*id aurum* ... *quod ei deberetur* ... *si ab aurifice ei repensum non esset*).

Q. Mucio, risponde che, in entrambe le ipotesi, l'oro non spetta alla moglie perché non rientra nel '*suum*', ossia nel patrimonio del *pater*, ma è passato nella proprietà dell'*aurifex*. Il giurista repubblicano — va notato — non compie alcuna distinzione all'interno della categoria dell'*aurum faciundum datum*, evidentemente in quanto ai suoi occhi non rilevava che il manufatto fosse tratto *ex eo* oppure *ex alio*

---

versante dell'analogia; W. KERBER, *Die quasi-Institute als methoder römischen Rechtsfindung* (Diss.), Würzburg 1970, *passim*, distingue un uso a fini di 'finzione' da un uso a fini di 'analogia' (su questa prospettiva è piuttosto critico D. NÖRR, in «ZSS» 90 [1973] 421 ss.): D. 34. 2. 34 pr. rappresenterebbe un caso di 'paradigmatische Fiktion' (KERBER, *op. ult. cit.*, 130), ossia di quella finzione cui non è sottesa «keine eigentliche dogmatische Begründung, sondern spiegelt die subjektive Meinung des Juristen wieder und liegt damit außerhalb des objektiven dogmatischen Systemgebäudes» (*ibid.*, 65; ma il richiamo ad una *fictio* non sembra debba essere inteso in senso tecnico: cfr. E. BIANCHI, *Fictio iuris. Ricerche sulla finzione in diritto romano dal periodo arcaico all'epoca augustea*, Padova 1997, 59 nt. 97); la ricostruzione che però mi appare preferibile è quella di A. CARCATERRA, *Il possesso dei diritti nel diritto romano*, Milano 1942, 64 ss., 136, e di G. WESENER, *Zur Denkform des 'quasi' in der römischen Jurisprudenz*, in *Studi G. Donatuti*, III, Milano 1973, 1387 ss., i quali sottolineano come il *quasi* indichi sì analogia, ma soprattutto distinzione tra gli istituti avvicinati.

In secondo luogo, riterrei che il riferimento alla permuta debba essere collocato nel contesto dei dibattiti — che si svilupperanno nel principato e sui quali ci soffermeremo più avanti (cfr. *infra*, cap. IV §§ 6-7) — circa l'esatta natura della *merces* locativa.

auro: poiché l'oro passava comunque in proprietà dell'orefice, non aveva importanza quale fosse effettivamente utilizzato[194]. Q. Mucio, in altre parole, riconosce la possibilità che in una *locatio conductio* si trasmetta la proprietà.

2) Il commento di Pomponio mostra tutta la distanza che separa i due *prudentes*. Per il giurista del II sec. la *locatio* non può trasferire il *dominium*, cosicché:

a) non potendo concepire un debito dell'artefice nei confronti del committente sulla base della semplice *locatio*, per esemplificare il *quod debetur* salvando — in una prospettiva attualizzante — il più possibile del dettato muciano, egli deve pensare ad un negozio diverso dalla locazione, e ricorre, a titolo di esempio, ad una *stipulatio*;

b) è costretto a contraddire Mucio rispetto all'oro dato all'orefice all'interno di un rapporto di locazione, in quanto secondo lui il *dominium* non può passare e dunque l'*aurum* rientra nel *suum* del *pater*;

c) riesce a immaginare un trasferimento di proprietà dell'oro solo ipotizzando che esso fosse stato dato per la realizzazione di un'opera ricavata da oro che già apparteneva all'orefice, in un rapporto (non di locazione, ma) atipico avvicinabile alla permuta.

Evidentemente, tra Q. Mucio e Pomponio sono avvenuti dei mutamenti nella rappresentazione che i *prudentes* hanno della *locatio conductio*. Come e quando ciò sia avvenuto vedremo più avanti, nel capitolo quarto. Per adesso, analizzando i responsi resi nell'ambito dell'attività della scuola serviana, potremo meglio valutare e chiarire la prospettiva tardo-repubblicana testimoniata da Q. Mucio.

---

[194] Purché, riterrei, di qualità e quantità analoghe — ma nulla di tutto ciò risulta dal passo.

CAPITOLO SECONDO

LA 'LOCATIO CONDUCTIO' NEI RESPONSI DELLA SCUOLA DI SERVIO

SOMMARIO: 1. *Locatio conductio* e trasferimento del *dominium* (D. 19. 2. 31). — 2. Il regime delle reciproche prestazioni delle parti nella locazione di un fondo (D. 19. 2. 15. 2). — 3. Un'analogia tra *locare fundum fruendum* e *locare operas servi* (D. 40. 7. 14 pr.) — 4. Una *locatio operis faciendi* (D. 19. 2. 30. 3). — 5. La configurazione della *locatio conductio* in età tardo-repubblicana.

1. 'LOCATIO CONDUCTIO' E TRASFERIMENTO DEL 'DOMINIUM' (D. 19. 2. 31).

1.1. *Il testo.*

Il passo di Q. Mucio da ultimo analizzato fornisce lo spunto per affrontare immediatamente l'analisi di un testo di Alfeno, solitamente avvicinato al precedente nelle trattazioni della cd. locazione irregolare:

> Alf. 5 *dig. a Paulo epit.* D. 19. 2. 31: in navem Saufeii cum complures frumentum confuderant, Saufeius uni ex his frumentum reddiderat de communi et navis perierat: quaesitum est, an ceteri pro sua parte frumenti cum nauta agere possunt oneris aversi actione. respondit rerum locatarum duo genera esse, ut aut idem redderetur (sicuti cum vestimenta fulloni curanda locarentur) aut eiusdem generis redderetur (veluti cum argentum pusulatum fabro daretur, ut vasa fierent, aut aurum, ut anuli): ex superiore causa rem domini manere, ex posteriore in creditum iri. idem iuris esse in deposito: nam si quis pecuniam numeratam ita deposuisset, ut neque clusam neque obsignatam traderet, sed adnumeraret, nihil alius eum debere apud quem deposita esset, nisi tantundem pecuniae solveret. secundum quae videri triticum factum Saufeii et recte datum. quod si separatim tabulis aut heronibus aut in alia cupa clusum uniuscuiusque triticum fuisset, ita ut internosci posset quid cuiusque esset, non potuisse nos permutationem facere, sed tum

posse eum cuius fuisset triticum quod nauta solvisset vindicare. et ideo se improbare actiones oneris aversi: quia sive eius generis essent merces, quae nautae traderentur, ut continuo eius fierent et mercator in creditum iret, non videretur onus esse aversum, quippe quod nautae fuisset: sive eadem res, quae tradita esset, reddi deberet, furti esse actionem locatori et ideo supervacuum esse iudicium oneris aversi. sed si ita datum esset, ut in simili re solvi possit, conductorem culpam dumtaxat debere (nam in re, quae utriusque causa contraheretur, culpam deberi) neque omnimodo culpam esse, quod uni reddidisset ex frumento, quoniam alicui primum reddere eum necesse fuisset, tametsi meliorem eius condicionem faceret quam ceterorum.

Una serie di persone (*complures*) hanno caricato del frumento sulla nave di Saufeio[1], senza distinguere la partita di ciascuno, ma confondendo tra di loro le quantità. In un porto viene riconsegnata ad uno dei *complures* la sua parte, traendola *de communi*. Successivamente la nave naufraga[2]. I *ceteri* chiedono al giurista se possano agire con un'*actio oneris aversi* contro il *nauta* per aver sottratto la parte di carico riconsegnata ad uno solo di loro.

Il giurista — Servio o Alfeno, non ha particolare importanza: d'ora innanzi parleremo, per semplicità, del secondo[3] — risponde con

[1] L'identificazione dell'*eques L. Saufeius* (su cui cfr. Fr. MÜNZER, *Ein römischer Epikureer*, in «RhM» 69 [1914] 625 ss.) e il *Saufeius* di D. 19. 2. 31 è del BREMER, *Iurisprudentia Antehadriana*, cit., I, 332 (cfr. anche MAYER-MALY, *Locatio conductio*, cit., 35 nt. 2; BENKE, *Locatio conductio irregularis*, cit., 194 nt. 117), ma forse l'ipotesi è troppo ottimistica: il nome *Saufeius* era piuttosto diffuso (cfr. Fr. MÜNZER - A. OXÉ - E. STEIN - E. LIEBEN, *Saufeius*, in «RE» II. A. 1, Stuttgart 1921, 256 s.), e pertanto è oltremodo congetturale ogni riferimento ai *Saufeii* a noi noti.

[2] Rendo così, per semplicità, il *perierat* del testo, secondo l'interpretazione usuale. Ma si tenga presente che il naufragio non è l'unico evento astrattamente riconducibile a un *perire*: cfr. Ulp. 5 *ad ed.* D. 50. 16. 9: *Marcellus apud Iulianum notat verbo 'perisse' et scissum et fractum contineri et vi raptum.*

[3] Rispetto al valore del *respondit*, è noto che la dottrina maggioritaria dubita della possibilità di attribuire a Servio tutte le testimonianze in cui il verbo *respondere* è coniugato alla terza persona, come invece sosteneva il BREMER, *Iurisprudentia Antehadriana*, cit., I, 161 s. Il KRÜGER, *Geschichte*[2], cit., 72 nt. 60, in particolare, osservava come l'alternanza *respondi / respondit* possa essere attribuita ad un errore dello scriba o ad un erroneo scioglimento delle abbreviazioni, simili per le due forme verbali, contenute nei testi pregiustinianei. Oltretutto, questi dubbi sono particolarmente avvertiti rispetto all'epitome di Paolo: cfr. C. FERRINI, *Intorno ai Digesti di Alfeno Varo*, in «BIDR» 4 (1891) = *Opere*, II, Milano 1929, 175 ss., ma già C. VAN BYNKERSHOEK, *Observationes iuris Romani*, VIII. 1-8, in *Opera omnia*, I, Lugduni Batavorum 1752, 247 ss. (SCHULZ, *Geschichte*[2], cit., 255 nt. 1 e 256 = *Storia*, cit., 366 nt. 1 e 367, ha esteso le perplessità anche all'epitome anonima). Per la verità, nel passo in discussione avremmo qualche elemento in più per pensare a Servio. Forse non è probante, al riguardo, il rilievo che «conosciamo un *Saufeius* amico di At-

un ragionamento assai articolato, che passa attraverso diverse tappe, e che per la sua complessità ha fatto spesso pensare ad interpolazioni.

Dirò subito che a mio avviso il testo è genuino: le sue diverse parti costituiscono altrettanti momenti logici nel discorso, che meritano di essere analizzati partitamente.

1.2. *La prima parte del responso: i* duo genera rerum locatarum.

Come emerge chiaramente dalla *quaestio*, il problema che Alfeno si trova dinanzi è quello della esperibilità dell'*actio oneris aversi* nei confronti del *nauta*[4]. Ma il giurista non lo affronta immediatamente. Egli inizia il suo responso formulando — o richiamando[5] — una distinzione tra le *res locatae*.

Esistono, scrive Alfeno, *duo genera rerum locatarum*. A volte si deve restituire l'*idem*, e allora la proprietà della *res* resta al *dominus*:

---

tico, quindi della generazione di Servio e non di Alfeno» (così CARDILLI, *Praestare*, cit., 272 nt. 106), in quanto Alfeno Varo fu *consul suffectus* nel 39 a.C. (cfr. T. R. S. BROUGHTON, *The Magistrates of the Roman Republic*, II, New York 1952, 386), e dunque la differenza di età tra lui e l'*eques* L. Saufeio (ammesso che il *nauta* sia identificabile con quest'ultimo: cfr. *supra*, nt. 1) non sarebbe stata significativa. Ma il *se improbare* della parte finale del responso, che si lega senz'altro al *respondit*, induce a ritenere che nel passo si riferisca l'opinione di un autore diverso dall'estensore (naturalmente, però, anche questo dato non consente di parlare con certezza di una citazione serviana — come è propenso a ritenere M. BRETONE, *Storia del diritto romano*, Roma - Bari 1987, 206; pensa ad una paternità serviana anche il BEHRENDS, *Die Rechtsformen des römischen Handwerks*, cit., 194 nt. 266 —, posto che il *se improbare* potrebbe essere stato aggiunto da Paolo, riferendosi ad Alfeno: così METRO, *Locatio conductio irregularis*, cit., 206). In ogni caso, il problema è — almeno ai nostri fini — di scarso rilievo. Accogliendo la nozione lata di responso 'serviano' proposta da M. BRETONE, *La tecnica del responso serviano*, in «Labeo» 16 (1970) = *Tecniche e ideologie del giuristi romani*[2], Napoli 1984, 91 (cfr. anche ID., *Storia*, cit., 202), nel senso di «responsi maturati nella scuola di Servio, ma non sicuramente riconducibili a lui» — potremmo riferire indifferentemente il responso a Servio o ad un suo *auditor*.

[4] Come mostra anche la collocazione del frammento nell'opera di Alfeno, ossia nel libro quinto dei *digesta*, '*de furtis et onere averso*': cfr. LENEL, *Palingenesia*, cit., I, 52. Per il BREMER, *Iurisprudentia Antehadriana*, cit., I, 324 s., sarebbe stato nei libri XXXV-XXXVIII, insieme a *furtum*, *damnum iniuria datum*, *actio de pauperie*, *actio servi corrupti* e azioni nossali.

[5] Posto quanto detto *supra*, nt. 3, potremmo immaginare tanto che la divisione in *genera* sia stata realizzata da Alfeno, come sembra ritenere non impossibile M. TALAMANCA, *Lo schema 'genus-species' nelle sistematiche dei giuristi romani*, in AA.VV., *La filosofia greca e il diritto romano* (Atti Roma 1973), Roma 1977, 214, quanto che l'allievo abbia risolto la *quaestio* prospettatagli dai mercanti avvalendosi di rilievi generali (i *duo genera rerum locatarum* e l'*improbatio* dell'*actio oneris aversi*) formulati dal maestro: per il BENKE, *Locatio conductio irregularis*, cit., 208 s., ad esempio, la presenza della distinzione in *genera* indirizzerebbe senz'altro verso Servio.

così quando, ad esempio, si lochi una veste al *fullo* perché la lavi. Altre volte si deve restituire l'*idem genus*, e allora nasce in capo al *dominus* un diritto di credito, in quanto la proprietà della *res* passa all'altro contraente: è questo, ad esempio, il caso dell'argento o dell'oro dati ad un artefice perché ne tragga dei vasi o degli anelli. Peraltro, aggiunge Alfeno, lo stesso discorso deve farsi rispetto al deposito: se è stata data in deposito della *pecunia numerata* che non fosse né *clusa* né *obsignata*, il depositario è responsabile solo per la restituzione del *tantundem*.

Il primo problema esegetico posto dal passo è l'interpretazione dell'espressione *res locatae*.

Per quanto riguarda il valore del termine *res*, è ormai abbandonata l'ipotesi del Pernice[6] che con esso ci si rivolgesse a differenti tipi di 'negozi', e non di 'cose'. Innanzitutto, il vocabolo ritorna nell'espressione *rem domini manere*, dove indica indubitabilmente una 'cosa'. In secondo luogo, nel prosieguo del brano, il generico *res* viene esplicitato in *merces* (*sive eius generis essent merces ... sive eadem res ...*). Infine, sempre nell'ultima porzione di testo, si parla di *solvere in simili re* — dove per *res similis* è possibile pensare solo ad una *res* materiale — come sinonimo di *eiusdem generis reddere*[7]. La distinzione di Alfeno, insomma, concerne due generi di 'cose' — potendo essere

---

[6] A. PERNICE, *Labeo. Römisches Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit*, II. 2. 1², Halle 1900, 98 nt. 2, seguito da H. H. PFLÜGER, *Zur Lehre von der Haftung des Schuldners nach römischen Recht*, in «ZSS» 65 (1947) 197 ss. (cfr., in generale, anche BETTI, *Istituzioni*, II. 1, 220 e 222).

[7] Cfr., variamente, VAN BYNKERSHOEK, *Observationes iuris Romani*, VIII. 8, in *Opera*, cit., I, 258; SELL, *Locatio irregularis*, cit., 320; P. ROSSI, *Locatio-conductio operis 'irregularis'*, in «Studi senesi» 7 (1890) 190; VASSALLI, *Delle obbligazioni di genere in diritto romano*, cit., 66; BONIFACIO, *Ricerche sul deposito irregolare*, cit., 106 nt. 50; AMIRANTE, *Ricerche*, cit., 67. C. LONGO, *Appunti sul deposito irregolare*, cit., 142 nt. 1, ha ipotizzato che l'espressione *reddere in simili re* dell'ultima parte del responso non coincidesse con *reddere eiusdem generis*, ma indicasse la facoltà, del *nauta*, «di restituire quote del grano che era sulla nave, ma non grano al di fuori di quel cumulo»: in altre parole, il *nauta* sarebbe stato obbligato a restituire l'*idem* (del grano che è rimasto in proprietà dei locatori, in comunione), ma potendo restituire a ciascuno la sua quota, e non l'identico grano caricato. Tuttavia la costruzione non appare convincente. Innanzitutto perché la riconduzione all'*idem reddere* di un grano che può essere restituito per quantità appare forzata. In secondo luogo perché, come vedremo (§ 1.4), l'ultima parte del frammento ha una struttura coerente che riconnette chiaramente il *reddere in simili re* al *reddere eiusdem generis*.

avvicinata a quella moderna tra cose fungibili e infungibili[8] — e non tra due diversi tipi di locazione, 'regolare' e 'irregolare'[9].

Ma soprattutto si tratta di cose *locatae*: non sembra più aver seguito — salvo che in un recente, veloce rilievo del Metro[10] — la tendenza della dottrina più risalente ad ipotizzare un concorso di negozi — locazione dell'*opera* da un lato, mutuo o permuta delle *res* dall'altro[11]. In particolare, non può sostenersi che con la locuzione *in*

---

[8] Così, per tutti, SELL, *Locatio irregularis*, cit., 318 ss.; C. LONGO, *Appunti sul deposito irregolare*, cit., 139 s.; VASSALLI, *Delle obbligazioni di genere in diritto romano*, cit., 67; BONIFACIO, *Ricerche sul deposito irregolare*, cit., 106; cfr. anche METRO, *Locatio-conductio irregularis*, cit., 212. Com'è noto, la categoria dogmatica non è romana, essendo stata creata nel XVI secolo da U. Zäsi (cfr. U. ZASII *In Pandectas iuris civilis commentarii*, ad D. 12. 1. 2. 1, ed. Basileae 1576, 196; cfr. P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, II. 1, Milano 1966 [rist.], 108). Ma non sembra che la sostituzione proposta dal DE SANCTIS, *Interpretazione del fr. 31 D. 19.2*, cit., 100, con l'espressione — più corretta da un punto di vista filologico — *res quae pondere numero mensurave constant* comporti modifiche sostanziali nell'esegesi. Peraltro, non sarà inutile ricordare che l'espressione *in creditum ire* ricorre, rispetto al mutuo, anche in Paul. 28 *ad ed.* D. 12. 1. 2. 1.

[9] Così, da ultimo, METRO, *Locatio conductio irregularis*, cit., 212 s. Sulla nascita del concetto di *irregularitas*, cfr. per tutti U. SANTARELLI, *La categoria dei contratti irregolari*, Torino 1984, *passim*. L'affermazione del BENKE, *Locatio conductio irregularis*, cit., 157 s. nt. 4, secondo il quale la prima distinzione della *locatio* in *regularis* e *irregularis* si troverebbe nell'opera (edita per la prima volta nel 1690) di W. A. LAUTERBACHII *Collegium Pandectarum theoretico-practicum*, ad D. 19. 2 n. 6, ed. Tubingae 1784, I[6], 1155 (il Benke cita dalla ed. Tubingae 1707, I[2], 1349), non è esatta: basti al riguardo ricordare che, già nel 1676, un autore assunto dal Santarelli a «'saldo' significativo» di un lunga vicenda formativa, Johan Paul Fetzer, aveva parlato di locazione irregolare (J. P. FETZER, *De irregularitate contractuum*, thes. XXXIV, ed. Altdorfii 1676, 23, su cui cfr. SANTARELLI, *op. ult. cit.*, 180 ss., spec. 188). Tuttavia, credo sia necessario sottolineare che, al riguardo, ogni ricerca di primogenitura potrebbe essere superflua, se non pericolosa: la ricerca del Santarelli ha mostrato chiaramente che il processo di elaborazione della categoria dell'*irregularitas* come modificazione dei *naturalia contractus* trova le sue radici già nell'opera dei glossatori (e in un commentatore, Paolo di Castro, si trova la prima utilizzazione del termine *irregularis* rispetto a un contratto, il deposito: cfr. SANTARELLI, *op. ult. cit.*, 150 s.), e che, nel tempo, si è formata una vera e propria categoria dell'*irregularitas*, riferibile — già prima della fine del XVII sec. — ad una pluralità di contratti (cfr., ancora, SANTARELLI, *op. ult. cit.*, 163 ss.). Piuttosto, potrebbe essere interessante ricordare che la dottrina intermedia era solita parlare anche di *locatio anomala* (cfr. VAN BYNKERSHOEK, *Observationes iuris Romani*, VIII. 4, in *Opera*, cit., I, 254; ma l'espressione non è stata coniata dall'a. olandese: cfr. *ibid.*, *loc. cit.*), locuzione che tuttavia non ha avuto fortuna, tranne — almeno a mia scienza — in SELL, *Locatio irregularis*, cit., 319.

[10] METRO, *Locatio conductio irregularis*, cit., 213: «il richiamo alla *permutatio* presente nel testo ... a chiunque lo si voglia attribuire, dimostra come la giustificazione dell'acquisto di proprietà da parte del *conductor* non stava pacificamente nell'identificazione di una *species* differente di locazione, ma si prestava ad essere data altrimenti».

[11] Nel senso del mutuo, cfr. per tutti DONELLI *De iure civili*, XIII. 9. 13, in *Opera*, cit., III, 851; J. CUIACII *Observationes et emendationes*, VII. 40 (erroneo il 39 nel testo cit.), in *Opera*, cit., III, 191. C; ID., *Recitationes solemnes ad tit. II loc. et cond.*, ad D. 19. 2.

creditum iri (che non c'è alcun motivo di ritenere interpolata[12]), ripetuta anche più avanti (*mercator in creditum iret*), si debba alludere necessariamente ad un mutuo: già la Glossa, richiamando altri passi[13], interpretava il *creditum* del passo come un *genus*, rispetto al quale il mutuo è una *species*[14]; più di recente, in questo uso alfeniano del verbo *credere*, è stata ravvisata una nozione ancora «grezza», comunque diversa da quella classica, ma non coincidente con il mutuo[15].

Insomma, parlando di *res locatae*, Alfeno si riferiva a cose consegnate in virtù di un rapporto di locazione[16]: nell'ambito di questo contratto, egli intendeva dire, a volte le *res* passano in proprietà dell'altro contraente, altre volte restano al *dominus*.

Un secondo problema è rappresentato dall'autenticità della porzione di testo in cui si distingue l'*idem* dall'*eiusdem generis reddere* e si delineano i differenti esiti delle due ipotesi (da *ut aut idem redderetur* ad *in creditum iri*). Al riguardo la dottrina si è soffermata principalmente sul valore degli esempi

---

31, in *Opera*, cit., VII, 821. B; C. LONGO, *Appunti sul deposito irregolare*, cit., 148 ss.; ID., *La locatio-conductio*, cit., 149; SELL, *Locatio irregularis*, cit., 302 ss., spec. 324. Nel senso della permuta, cfr. H. DANKWART, *Die 'locatio conductio operis'*, in «Jher. Jb» 13 (1874) 359 nt. 1; WINDSCHEID, *Pandectenrecht*, cit., II^8, 706 nt. 12 = *Pandette*, cit., II, 554 nt. 12 (§ 401).

[12] Il METRO, *Locatio-conductio irregularis*, cit., 208, giudica spuria la frase perché riferita scorrettamente «alla cosa», confrontandola con la più 'corretta' espressione (che dunque dovremmo ritenere genuina) *mercator in creditum iret*. In realtà, nella frase incriminata *res* non è in alcun modo soggetto della proposizione, come invece nella frase precedente in cui il verbo è alla diatesi attiva (*ex superiore causa rem domini m a n e r e*). Essendo *eo* un verbo intransitivo, la locuzione *in creditum i r i*, alla diatesi passiva, deve piuttosto essere interpretata come una costruzione impersonale, in sé assolutamente corretta e in alcun modo contrastante con *mercator in creditum iret* (in cui *mercator* è soggetto del verbo all'attivo). Il testo, a mio avviso, va tradotto non 'la *res* va in credito', bensì 'si va in credito'.

[13] Cfr. Cels. 1 *quaest.* fr. 275 LENEL = Ulp. 26 *ad ed.* D. 12. 1. 1. 1: ... *credendi generalis appellatio est*; cfr. anche Paul. 28 *ad ed.* D. 12. 1. 2. 3: *creditum ergo a mutuo differt qua genus a specie* (pur nel ridimensionamento proposto da B. ALBANESE, *Per la storia del 'creditum'*, in «AUPA» 32 [1971] 79 s.). Sull'uso dello schema *genus-species* in questi due passi, cfr. per tutti TALAMANCA, *Lo schema 'genus-species'*, cit., 265 e 271 nt. 734.

[14] Gl. *in creditum* ad D. 19. 2. 31: «in creditum, scilicet generale: ut supra, si certum petatur, l. i (D. 12. 1. 1. 1)»; cfr. anche BONIFACIO, *Ricerche sul deposito irregolare*, cit., 107.

[15] ALBANESE, *Per la storia del 'creditum'*, cit., 88 ss.

[16] Cfr. BONIFACIO, *Ricerche sul deposito irregolare*, cit., 108: «come avrebbe Alfeno in tal caso potuto parlare di *res locatae*, mentre le *res* non erano oggetto di locazione?». Il fatto che la distinzione in *genera* poggi su diversi tipi di 'cose', e non di 'negozi' non implica che la qualificazione giuridica del negozio sia lasciata nel testo impregiudicata (cfr. C. LONGO, *Appunti sul deposito irregolare*, cit., 140).

portati da Alfeno — che, per alcuni, sarebbero entrambi dovuti ad un inserimento postclassico[17] in considerazione di una supposta incongruenza tra questi e la fattispecie dedotta nella *quaestio*. A destare sospetti non è tanto l'esempio dei *vestimenta curanda* locati al *fullo*: la fattispecie oggetto della *quaestio* è esplicitamente distinta dai casi in cui si restituisce l'*idem*, e quindi è logico che l'esemplificazione non abbia nulla a che vedere con essa. Ma rispetto alla restituzione dell'*eiusdem generis* è stato notato che Alfeno è ricorso ad esempi (quelli dell'*argentum pusulatum* e dell'*aurum*) non necessari o addirittura inesatti, posto che «si tratta di materiali consegnati all'orafo per essere trasformati in oggetti, che non saranno pertanto da costui restituiti nel *tantundem*»[18].

Ora, a me sembra che con queste considerazioni si corra il rischio di far dire troppo al passo. A differenza della giurisprudenza successiva (cfr. ad es., *supra*, il commento di Pomponio in D. 34. 2. 34 pr.) e al pari di Q. Mucio, Alfeno non distingue il caso della restituzione di un manufatto in oro in cui l'orefice utilizza l'oro consegnatogli dal locatore, dall'ipotesi in cui ne usa altro, né si preoccupa di separare questi esempi dal caso della riconsegna del frumento. Egli non pone attenzione a questi profili perché evidentemente — come per Q. Mucio rispetto all'*aurum faciundum datum*[19] — simili differenze per lui non rilevavano, così come non rilevava il fatto che il grano non doveva solo essere riconsegnato, ma anche trasportato; e che l'oro e l'argento dovevano anche essere elaborati. Egli non intende evidenziare t u t t e le caratteristiche dei relativi rapporti di locazione, ma semplicemente dire che ci sono casi in cui, in una *locatio conductio*, l'accordo delle parti e la natura della *res locata* impongono la restituzione della stessa cosa che è stata consegnata, e che ci sono altri casi in cui invece avviene il contrario. Nella prima ipotesi non è necessario che la *res locata* passi in proprietà del *conductor*; nella seconda, è impossibile che ciò non avvenga. Nulla di più. Forse gli esempi non saranno in assoluto perfettamente calzanti, ma rispetto a quelli che risultano essere gli obiettivi di Alfeno (verificare l'eventuale trasferimento del *dominium*) essi sono più che sufficienti[20].

---

[17] MAYER-MALY, *Locatio conductio*, cit., 34 s. (cfr. però ID., *Tipicità e unità della locatio conductio*, cit., 397 nt. 6); PFLÜGER, *Haftung des Schuldners*, cit., 197 s. ravvisava invece in tutto il testo relativo ai *duo genera* un inserimento postclassico.

[18] Così METRO, *Locatio conductio irregularis*, cit., 210.

[19] Cfr. *supra*, cap. I § 4.2.

[20] E d'altra parte occorre rilevare che, in ipotesi, lo stesso *frumentum* non sarebbe stato un esempio perfetto: come vedremo tra breve, può darsi anche il caso che il frumento sia consegnato chiuso in contenitori, e in tal caso esso deve essere restituito nell'*idem*; cosicché, se Alfeno avesse detto che ogni volta che si dà del frumento per essere trasportato deve restituirsi il *tantundem*, l'affermazione sarebbe stata superficiale ed ambigua. Può darsi, addirittura, che la scelta di indicare esempi 'altri' rispetto alla *quaestio* sia stata motivata proprio da un'esigenza di chiarezza ulteriore; ma in ogni caso non mi pare ci siano elementi sufficienti per ipotizzare un'interpolazione.

In questa direzione, è bene fare un accenno anche alla parte di testo in cui si menziona il deposito (da *idem iuris* a *solveret*). L'inciso è stato, anche di recente, ritenuto interpolato da diversi studiosi[21]. Mi sembra però non inutile — ai fini di una completa valutazione della genuinità del passo — una breve notazione. All'inizio della casistica dell'ultima parte del frammento (*quod si separatim* ...) si descrive l'ipotesi dell'*idem* attraverso l'esempio del *triticum* trasportato dal *nauta* in comparti separati per mezzo di tavole o chiuso in contenitori: questo esempio, che non ha alcun rapporto con le esemplificazioni dei *duo genera rerum locatarum*, uscirebbe fuori dal nulla se si eliminasse la digressione sul deposito. Al contrario, mantenendo l'inciso in discorso — nel quale si distinguono due casi di consegna di *pecunia numerata*, a seconda che essa sia o meno *clusa* od *obsignata* — la logica dell'argomentazione appare più chiara. Non mi pare, dunque, che il richiamo al deposito sia «assolutamente estraneo» alla trattazione, «un 'fuor d'opera' nel discorso alfeniano», come da ultimo sostiene il Metro[22], ma che anzi esso si armonizzi con la logica argomentativa del responso.

1.3. *La seconda parte del responso: la soluzione della* quaestio.

La *distinctio* in *genera* ha evidentemente lo scopo di soddisfare l'esigenza di sistemazione logica del problema[23] attraverso una operazione diairetica[24]. Ma non per questo costituisce una mera digressione teorica: essa è strettamente finalizzata alla soluzione del caso proposto nella *quaestio*.

Infatti, dopo aver ammesso che, in taluni casi, anche in un rapporto di *locatio conductio* può verificarsi un trasferimento di proprietà, Alfeno formula la propria risposta al quesito: poiché il grano è passato in proprietà di Saufeio, il *nauta* ne ha legittimamente consegnato una porzione al primo dei *complures*; e da ciò discende implicitamente che questi ultimi non possono agire per *oneris aversio*.

---

[21] L'interpolazione della porzione di testo, sostenuta agli inizi del secolo da J. C. NABER, *Observatiunculae de iure Romano*. XCIII. *De deposito usurario*, in «Mnemosyne» 34 (1905) 62, e seguita da molti studiosi (cfr. bibliogr. in H. TAPANI KLAMI, *Mutua magis videtur quam deposita*, Helsinki - Helsingfors 1969, 97 ss.) è stata di recente riaffermata dal METRO, *Locatio conductio irregularis*, cit., 208 ss.; *contra*, per la genuinità, cfr. per tutti J. MICHEL, *Gratuité en droit romain*, Bruxelles 1962, 77 s.; TAPANI KLAMI, *op. ult. cit.*, 96 ss.; ALBANESE, *Per la storia del 'creditum'*, cit., 88 ss.; W. LITEWSKI, *Le dépôt irrégulier*, in «RIDA», s. III, 21 (1974) 231 ss. (che propende per una sostanza classica del periodo, ma non necessariamente da riferire ad Alfeno).

[22] METRO, *Locatio conductio irregularis*, cit., 208 s.

[23] Così BRETONE, *Tecniche e ideologie*², cit., 92.

[24] Mi limito a rinviare, per tutti, a TALAMANCA, *Lo schema 'genus-species'*, cit., 214 s.

Come si vede, il giurista può pervenire alla soluzione solo in virtù della *distinctio*, e da parte sua quest'ultima trova una giustificazione nell'economia del responso solo in quanto finalizzata alla soluzione del problema[25]. Tuttavia, anche di recente, la frase *secundum quae videri triticum factum Saufeii et recte datum* è stata sospettata di interpolazione[26]. Simili dubbi non mi sembrano giustificati, né dal punto di vista formale, né da quello sostanziale.

Nel primo senso, va notato che — anche volendo immaginare che l'espressione *secundum quae* sia un'aggiunta di Paolo, eventualmente inserita allo scopo di abbreviare il discorso alfeniano — le espressioni più 'critiche' della frase, e cioè il *videri* ed il *recte*[27], si accordano perfettamente con il linguaggio del giurista repubblicano, nonché del suo maestro Servio.

Nel secondo, credo sia un falso problema l'ipotizzata contraddittorietà tra il periodo qui discusso e le espressioni *complures frumentum confuderant* e *reddiderat de communi*. Al riguardo, il De Sanctis e il Metro hanno affermato che le due locuzioni alluderebbero ad una comunione delle merci tra i mercanti[28] — il che, naturalmente escluderebbe il passaggio della proprietà del grano a Saufeio[29] —; ma mi sembra che vi siano motivi per escludere una simile interpretazione:

---

[25] E ciò anche se il passo risultante dall'eliminazione dei periodi sospettati appare a D. DAUBE, *Slightly Different*, in «Iura» 12 (1961) = *Collected Studies in Roman Law*, II, Frankfurt am Main 1991, 1044 ss., particolarmente vicino alla struttura usuale dei *responsa* alfeniani (l'a. tuttavia preferisce mantenere la lezione *sed si* del testo, emendata dal DE SANCTIS, *Interpretazione del fr. 31 D. 19.2*, cit., 91, in *sed cum*: cfr. DAUBE, *op. ult. cit.*, 1030 s.).

[26] Cfr. gli autori citati *infra*, nt. 28. La fa salva invece il MAYER-MALY, *Locatio conductio*, cit., 35, il quale la lega direttamente alla *quaestio*, ipotizzando una serie di interventi da parte di Paolo e di due autori postclassici.

[27] Cfr. FERRINI, *Alfeno Varo*, cit., 178: «l'avverbio *recte* appare spessissimo in Alfeno ... Straordinariamente frequente è poi il verbo *videri* in Alfeno ...» (segue l'indicazione delle fonti). Per Servio, cfr. ancora FERRINI, *loc. cit.* (*recte* in Serv. fr. 57 LENEL = Gai. 2. 244; *videri* in Serv. *dot.* fr. 3 LENEL = Gell. 4. 4; *repr. Scaev.* fr. 6 LENEL = Gell. 4. 1. 17; cfr. Serv. fr. 74 LENEL = Ulp. 71 *ad ed.* D. 43. 24. 7. 4, e fr. 85 LENEL = Pomp. 8 *ad Q. Muc.* D. 50. 16. 122).

[28] DE SANCTIS, *Interpretazione del fr. 31 D. 19.2*, cit., 88 ss.; METRO, *Locatio-conductio irregularis*, cit., 210 s.

[29] Il BENKE, *Locatio conductio irregularis*, cit., 203 s., ha sostenuto che la costituzione di una comunione tra i mercanti e la distinzione dei *duo genera* non sarebbero in contraddizione. All'interno dell'ipotesi della *communio* sarebbe infatti possibile evidenziare «zwei verschiedene Facetten» del negozio: il frumento rimasto nella proprietà dei *locatores* sarebbe *commune*, ma potrebbe essere restituito dal *nauta* solo nell'*idem genus*, proprio in seguito alla commistione. Di quest'ultima possibilità, però, Servio (cui l'a., come si è detto *supra*, nt. 5, attribuisce il responso) non avrebbe tenuto conto, ed applicando rigidamente

a) innanzitutto, nell'ultima parte del passo si afferma che, nel caso di *eiusdem generis reddere*, le *merces* affidate al *nauta* entrano nella sua proprietà immediatamente (*continuo*), dunque senza che vi sia un momento in cui la massa divenga comune ai *complures*[30];

b) in secondo luogo, nella compilazione giustinianea — come vedremo meglio più avanti[31] — si accoglie la prospettiva giurisprudenziale che esclude la possibilità di un passaggio di proprietà nella locazione, cosicché è altamente improbabile che i compilatori abbiano inserito una soluzione che ammette il passaggio di proprietà, e la stessa distinzione delle *res locatae* in *duo genera*[32]: in realtà, come ha esattamente notato il de Robertis[33], dobbiamo guardare a questo passo quasi come a un fossile, nel *Corpus iuris*, di una dottrina ormai superata.

Mi sembra oltretutto che le ricostruzioni qui criticate contengano anche alcune incongruenze logiche.

Nella lettura del De Sanctis, Alfeno escluderebbe l'*actio oneris aversi* sia perché resa superflua dall'*actio furti*, sia perché il grano era stato confuso e Saufeio doveva pur iniziare da qualcuno per restituirlo, non potendosi pertanto ravvisare nel suo comportamento alcuna colpa[34]. Senonché una simile

---

la distinzione, avrebbe attribuito a Saufeio la proprietà del grano (*ibid.*, 199). Mi sembra, però, che neanche questo tipo di impostazione del problema possa essere seguito. Com'è stato esattamente notato, occorre tener presente ciò che il passo dice, e non ciò che in astratto avrebbe potuto dire: Servio-Alfeno non mostra di porsi il problema di una alternativa quale quella prospettata dal Benke, e dunque dobbiamo concludere che per il giurista romano «il trasporto alla rinfusa dà solo luogo all'*in creditum ire*, che, a sua volta, è connesso con l'acquisto di proprietà da parte del vettore» (TALAMANCA, in «BIDR» 91 [1988], cit., 916), a nulla rilevando ciò che in astratto il giurista romano avrebbe potuto dire — ma non ha detto.

[30] Così C. LONGO, *Appunti sul deposito irregolare*, cit., 141 nt. 1. Va rilevato che questa porzione di testo, che il De Sanctis ritiene interpolata, per il Metro sembrerebbe essere genuina: cfr. METRO, *Locatio-conductio irregularis*, cit., 208.

[31] Cfr. *infra*, cap. V § 5.

[32] Naturalmente, si potrebbe pensare, con il MAYER-MALY, *Locatio conductio*, cit., 34 s., ad interventi di Paolo e di scrittori postclassici, ma non sembra vi siano elementi concreti e positivi per sostenere una simile ipotesi — il che suggerisce di verificare, per prima cosa, la possibilità di una interpretazione coerente del passo così come ci è giunto.

[33] F. M. DE ROBERTIS, *D. 19, 2, 31 e il regime dei trasporti marittimi nell'ultima età repubblicana*, in «SDHI» 31 (1965) 103 s. e nt. 49, anche se — come vedremo meglio oltre — a differenza di quanto sostenuto da questo a., la prospettiva più antica non scompare del tutto nella giurisprudenza classica.

[34] DE SANCTIS, *Interpretazione del fr. 31 D. 19.2*, cit., 91: *in navem Saufeii complures frumentum confuderant, Saufeius uni ex his frumentum reddiderat de communi et navis perierat: quaesitum est, an ceteri pro sua parte frumenti cum nauta agere possent oneris aversi*

ricostruzione — che lega il requisito della *culpa* all'*oneris aversio* — si scontra con due rilievi. Innanzitutto, se l'*actio oneris aversi* poteva essere resa superflua dall'*actio furti*, evidentemente la prima non poteva avere un'applicabilità più ampia della seconda, e quindi doveva richiedere, come quest'ultima, il dolo[35]. In secondo luogo, il requisito della *culpa* viene desunto, anche dal De Sanctis, dalla natura contrattuale del rapporto: dovremmo dunque pensare — ed è inammissibile — che Alfeno intendesse escludere il ricorrere dell'*actio oneris aversi*, azione penale[36], attraverso l'individuazione di un criterio di responsabilità contrattuale.

Il Metro, da parte sua, dopo aver affermato che la frase in esame è interpolata perché «il frumento, essendo stato caricato alla rinfusa, è divenuto

---

actione. respondit si separatim tabulis aut heronibus aut in alia atque alia cupa clusum uniuscuiusque triticum fuisset, ita ut internosci posset quid cuiusque esset furti esse actionem locatori et ideo supervacuum esse iudicium oneris aversi. sed cum ita datum esset, ut in simili re solvi possit, conductorem culpam dumtaxat debere (nam in re, quae utriusque causa contraheretur, culpam deberi) neque omnimodo culpam esse, quod uni reddidisset ex frumento, quoniam primum reddere eum necesse fuisset tametsi meliorem eius condicionem faceret quam ceterorum.

[35] Cfr. Gai. 3. 197: ... *furtum sine dolo malo non committitur* (passo richiamato anche dal DE SANCTIS, *Interpretazione del fr. 31 D. 19.2*, cit., 98).

[36] Perché questa è, per il DE SANCTIS, *Interpretazione del fr. 31 D. 19.2*, cit., 94 e 97, la natura dell'*actio oneris aversi*. Sul problema, basti ricordare che, abbandonata l'ipotesi dell'HUVELIN, *Études sur le furtum*, cit., 520; ID., *Études d'histoire du droit commercial romain*, Paris 1929, 118 ss. (cfr. anche G. VON BESELER, *Et [atque] ideo, et [atque] idcirco, ideoque, idcircoque*, in «ZSS» 45 [1925] 467) di una natura reipersecutoria dell'azione, che sarebbe stata successivamente assorbita dall'*actio locati*, e rimasta senza seguito la proposta di A. WILIŃSKI, *D. 19. 2. 31 und die Haftung des Schiffers im altrömischen Seetransport*, in «Annales Univ. Marie Curie Sklodowska» 7 (1960) 353 ss. (cfr., su questa ipotesi, M. KASER, in «ZSS» 79 [1962] 510 s. nt. 1; DE ROBERTIS, *D. 19, 2, 31*, cit., 101 nt. 35) di ravvisare in essa l'azione a tutela di una *stipulatio poenae* assunta dal *nauta* per garantire l'arrivo a destinazione dell'intero carico, la dottrina si è orientata verso il riconoscimento del carattere penale dell'azione, che sembra debba aver avuto rilevanza edittale (negata da S. SOLAZZI, *Appunti di diritto romano marittimo*. II. *L'actio oneris aversi*, in «Riv. Dir. Nav.» 2 [1936] = *Scritti di diritto romano*, III, Napoli 1960, 524 ss.; ma cfr. O. LENEL, *Das edictum perpetuum*[3], Leipzig 1927, 300, e, di recente, M. BRETONE, *Intervento*, in AA.VV., *Illecito e pena privata in età repubblicana* [Atti Copanello 1990], Napoli 1992, 305) e caratteristiche peculiari rispetto all'*actio furti*. In particolare rispetto a quest'ultimo problema, i più recenti orientamenti della dottrina sembrano indirizzare verso una distinzione tra le due figure del *furtum* e dell'*onus aversum*, eventualmente da porre l'uno rispetto all'altro in un rapporto di genere a specie (cfr. M. TALAMANCA, *Intervento*, in AA.VV., *Illecito e pena privata in età repubblicana*, cit., 308 s.), e ad un graduale assorbimento del secondo nel primo (cfr. per tutti BENKE, *Locatio conductio irregularis*, cit., 196 ss.). È invece abbandonata l'ipotesi del SOLAZZI, *L'actio oneris aversi*, cit., 524 ss., il quale pensava ad un uso 'volgare' dell'espressione *onus aversum*, che non sarebbe stata edittale ma avrebbe sottinteso un riferimento all'*actio furti adversus nautas*: come notava DE SANCTIS, *Interpretazione del fr. 31 D. 19.2*, cit., 97, se così fosse, non si spiegherebbe perché Alfeno la riteneva superflua (per l'esistenza dell'*actio furti*).

comune ai vari mercanti»[37], sostiene che invece è «essenziale ed imprescindibile» ai fini della soluzione della *quaestio*[38] quella parte di testo in cui ci si interroga sul modo in cui è stato caricato il frumento. Senonché questa parte è finalizzata proprio a stabilire se si sia verificato o meno il passaggio di proprietà a favore del *nauta*: ... *sive eius generis essent merces, quae nautae traderentur, ut continuo e i u s f i e r e n t et mercator in creditum iret, non videretur onus esse aversum, q u i p p e q u o d n a u t a e f u i s s e t* ... Anche in questa porzione di testo, in altre parole, si afferma che le merci sono divenute di proprietà di Saufeio. E allora non si comprende per quale motivo dovrebbe essere interpolata la frase *secundum quae videri triticum factum Saufeii et recte datum*.

In realtà non c'è alcun motivo di pensare ad una interpolazione o ad una improprietà di linguaggio da parte di Alfeno[39]. Le espressioni del testo che fanno riferimento ad una *confusio* o ad una *communio* tra i *complures* potrebbero essere non del giurista, bensì — come ha ipotizzato il Wiliński[40] — dei *complures*. Questi ultimi potrebbero aver inteso prospettare una ricostruzione giuridica della fattispecie poi non accolta nel responso, e aver richiesto un'azione penale analoga all'*actio furti* proprio perché ritenevano di essere *domini* del frumento. Se così fosse, potremmo immaginare che al contrario Alfeno, ritenendo che non vi fosse alcuna comunione tra i mercanti e che la proprietà del grano fosse passata a Saufeio, abbia risposto che non c'è stata alcuna *aversio*, proprio perché il grano è divenuto del *nauta*.

In ogni caso, se si elimina il periodo qui esaminato, si perde completamente la logica del discorso. Dopo la premessa generale dei *duo genera rerum locatarum*, l'attribuzione a Saufeio della proprietà del grano costituisce il cuore del responso. E questa centralità apparirà più chiara dopo l'esame della restante porzione di testo.

---

[37] METRO, *Locatio conductio irregularis*, cit., 210. L'a. considera non alfeniana (e dunque da attribuire a Paolo, oppure ad interventi postclassici o giustinianei: *ibid.*, 212) la parte dei *duo genera rerum locatarum* (*ibid.*, 208 s. e 212), la frase *secundum quae videri triticum factum Saufeii et recte datum* (*ibid.*, 210), il periodo *non potuisse ... vindicare* (*ibid.*, 208), e l'ultima parte del testo, da *sed si* alla fine (*ibid.*, 211). Attribuisce invece ad Alfeno la parte relativa «alla problematica dell'*actio oneris aversi* (e di conseguenza del furto)», nonché quella in cui ci si interroga «se la merce fosse stata consegnata alla rinfusa o viceversa il frumento di ciascuno dei mercanti fosse stato separato da quello degli altri» (*ibid.*, 211 s.).

[38] METRO, *Locatio conductio irregularis*, cit., 211 s.

[39] Quale è stata ad esempio ipotizzata dal DE SARLO, *Alfeno Varo*, cit., 57.

[40] Cfr. WILIŃSKI, *D. 19. 2. 31*, cit., 362 nt. 38, seguito dal DE ROBERTIS, *D. 19, 2, 31*, cit., 100, e dal CARDILLI, *Praestare*, cit., 271 nt. 102.

1.4. *La casistica della terza parte del responso.*

È stato da tempo rilevato come nei responsi alfeniani si avverta ancora la finalità del *cavere*, l'attenzione a profili che non ricadono immediatamente nella soluzione della *quaestio*, ma che rischiano, per la loro vicinanza al problema discusso, di essere con esso confusi[41]; e come in questa tensione ad ampliare il responso «oltre il suo movente immediato», il giurista sia portato talvolta a moltiplicare la casistica con varianti ipotetiche, talaltra a ricondurre la fattispecie oggetto del responso verso profili logico-sistematici più ampi[42]. Ora, almeno a mio modesto avviso, D. 19. 2. 31 rappresenta un esempio di come questi due ultimi momenti possano saldarsi insieme, andando oltre il semplice *respondere*, nella più ampia prospettiva del *cavere* — prospettiva che le ipotesi di restituzione del testo avanzata dagli studiosi moderni, limitate come sono al profilo del rifiuto dell'*actio oneris aversi*, lasciano totalmente in ombra. In realtà, riconoscendo la genuinità dell'intero frammento, emerge in tutta la sua ricchezza la varietà di soluzioni e di proposte del responso alfeniano.

Mi sembra che, da *quod si* alla fine, il discorso di Alfeno si sviluppi attraverso la combinazione dei *duo genera* con le due prospettive delle azioni reipersecutorie e delle azioni penali. Ne risultano quattro figure, disposte secondo un complicato chiasma:

1) profilo reipersecutorio dell'*idem* (*quod si ... vindicare*): se il grano è caricato in comparti separati, in modo da distinguere la parte di ciascuno, allora il mercante ne resta proprietario e può *vindicare* il frumento presso il terzo che lo ha ricevuto;

2) profilo penale dell'*idem genus* (*et ideo ... nautae fuisset*): non è possibile ammettere l'*actio oneris aversi*, perché, se le merci sono da restituire nel *tantundem*, esse sono entrate immediatamente nella proprietà del *nauta* e dunque questi, quando le restituisce, non sottrae il carico ai mercanti, i quali sono semplicemente divenuti creditori nei suoi confronti;

3) profilo penale dell'*idem* (*sive eadem res ... iudicium oneris aversi*): l'azione non è ammissibile neanche se le merci devono essere restituite nell'*idem* — restando cioè in proprietà dei mercanti

[41] Cfr. DAUBE, *Slightly Different*, cit., 1030 s., 1035, 1038 s.

[42] BRETONE, *Tecniche e ideologie*², cit., 92; cfr. anche, rispetto a D. 19. 2. 31, ID., *Storia*, cit., 207.

— perché allora ad essi spetta l'*actio furti*, che rende superflua l'*actio oneris aversi*;

4) profilo reipersecutorio dell'*idem genus* (*sed si ita ... ceterorum*): d'altra parte, se il grano doveva essere restituito nel *tantundem* (essendo perciò passato in proprietà di Saufeio), il *nauta* (che, aggiungiamo noi, non può essere tenuto penalmente, né è assoggettabile ad un'*actio in rem*) è tenuto (contrattualmente) solo per la *culpa*, così come avviene nei rapporti costituiti nell'interesse di entrambe le parti. Ma nessuna *culpa* può essere ravvisata nel fatto che egli abbia restituito la sua quota ad uno solo, poiché da qualcuno doveva ben cominciare — e ciò anche se la posizione di questo è stata avvantaggiata rispetto agli altri.

Si può essere disturbati dalla tortuosità dell'argomentazione, ma occorre riconoscere che nessuna delle parti del discorso può essere eliminata senza distruggerne il senso complessivo. E, in particolare, mi riferisco all'ultima parte del responso, *sub* 4), che è stata talvolta riferita a Paolo[43], talaltra ad interventi postclassici[44] o giustinianei[45]. In questa porzione del passo, l'unico periodo che a mio avviso potrebbe essere ritenuto non alfeniano[46] è quello in cui si giustifica il criterio della *culpa* sulla base dell'*utilitas contrahentium* (*nam in re, quae utriusque causa contraheretur, culpam deberi*) — ma questo inserimento non pregiudicherebbe comunque la genuinità del testo nel suo complesso[47].

---

[43] Cfr. HUVELIN, *Études sur le furtum*, cit., 516 s., e, di recente, CARDILLI, *Praestare*, cit., 273 s.

[44] PFLÜGER, *Haftung des Schuldners*, cit., 197; MAYER-MALY, *Locatio conductio*, cit., 35.

[45] F. HAYMANN, *Textkritische Studien zum römischen Obligationenrecht*. I. *Über Haftung für custodia*, in «ZSS» 40 (1919) 223 nt. 1; BESELER, *Et (atque) ideo, et (atque) idcirco, ideoque, idcircoque*, cit., 467; DE SARLO, *Alfeno Varo*, cit., 110; S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, I², Milano 1947, 274 nt. 3.

[46] Non so se attribuendolo a Paolo, come ritiene il CARDILLI, *Praestare*, cit., cit., 274 e nt. 110, oppure a interventi giustinianei, come propone D. NÖRR, *Die Entwicklung des Utilitätsgedankens im römischen Haftungsrecht*, in «ZSS» 73 (1956) 102; cfr. 116 nt. 182.

[47] Il METRO, *Locatio conductio irregularis*, cit., 211, obietta, contro la genuinità del testo *sub* 4), che l'affermazione della responsabilità per sola *culpa* del *nauta*-conduttore sarebbe in contrasto con il principio per cui il debitore di cose appartenenti a un *genus* è responsabile anche per i casi fortuiti. Tuttavia occorre rilevare che per tutto il passo non si accenna mai alla responsabilità del *nauta* per il carico perito, ma solo per l'aver dato il *frumentum* ad uno solo dei *complures*. Come Alfeno prospettasse la responsabilità del *conductor* per il perimento della cosa locata non appare dal passo (una ipotesi di spiegazione è in DE ROBERTIS, *D. 19, 2, 31*, cit., 104 ss.); e non mi sembra si possa argomentare circa la genuinità di quest'ultimo avvalendosi di un dato ad esso estraneo.

1.5. *Conclusioni.*

Il risultato più importante dell'analisi mi sembra sia stato, così come per D. 34. 2. 34 pr., l'aver rintracciato il nucleo fondamentale del responso nel problema del trasferimento di proprietà delle *res locatae*: la verifica del passaggio di *dominium*, infatti, è essenziale per il giurista al fine di stabilire se vi sia stata o meno *oneris aversio* da parte del *nauta*.

Questo risultato è importante sotto due profili.

Da un lato, fa venir meno uno degli argomenti fondamentali per la teoria dell'Amirante, e cioè l'idea che, nel frammento, tutta l'argomentazione relativa ai *duo genera rerum locatarum* si imperni sul *reddere* la *res locata*, e non sul passaggio del *dominium* (che sarebbe stato solo una conseguenza della qualità della cosa consegnata[48]). La logica dimostrativa di Alfeno — che, non va dimenticato, è finalizzata al problema dell'*actio oneris aversi* — e soprattutto la conclusione cui giunge il giurista, dimostrano sufficientemente che, al contrario, il problema di fondo è proprio il passaggio di proprietà. E d'altra parte, in questo senso si è confortati dalla quasi totalità della dottrina[49].

---

[48] AMIRANTE, *Ricerche*, cit., 66 ss.

[49] Cfr. per tutti DONELLI *De iure civili*, XIII. 9. 13, in *Opera*, cit., III, 851; CUIACII *Observationes et emendationes*, VII. 40 (erroneo il 39 nel testo cit.), in *Opera*, cit., III, 191. A ss.; ID., *Recitationes solemnes ad tit. II loc. et cond.*, ad D. 19. 2. 31, in *Opera*, cit., VII, 820 ss.; A. FABRI *Rationalia in Pandectas*, ad D. 19. 2. 31, ed. Aurelianae 1626, V, 594; E. Chr. WESTPHAL, *Lehre des gemeinen Rechts vom Kauf, Pacht, Mieth- und Erzinskontract, der Cession, auch der Gewähr des Eigenthums und der Mängel*[2], Leipzig 1807, 560 (nella sostanza); Chr. Fr. GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung der Pandecten*, XV, Erlangen 1813, 167 s.; XVII, cit., 271, 428 s. = *Commentario alle Pandette*, XVI, Milano s.d., 311 s. (§ 940); XIX, cit., 42, 212 s. (§§ 1044, 1054); SELL, *Locatio irregularis*, cit. 302 ss., spec. 324; DANKWART, *Locatio conductio operis*, cit., 359 nt. 1; WINDSCHEID, *Pandectenrecht*, cit., II[8], 706 nt. 12 = *Pandette*, cit., II, 554 nt. 12 (§ 401); A. PERNICE, *Labeo. Römisches Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit*, II, Halle 1878, 264 s. e II .2. 1[2], cit., 97; O. CLERICI, *La formazione delle locazioni irregolari in diritto romano*, in «AG» 79 (1907) 283 ss.; C. LONGO, *Appunti sul deposito irregolare*, cit., 148 ss.; ID., *La locatio-conductio*, cit., 149; VASSALLI, *Delle obbligazioni di genere in diritto romano*, cit., 67 s.; SOLAZZI, *L'actio oneris aversi*, cit., 519; BONIFACIO, *Ricerche sul deposito irregolare*, cit., 105 s.; DE ROBERTIS, *I rapporti di lavoro*, cit., 56, 155 ss., 170, 248; WATSON, *The Law of Obligations*, cit., 106 ss.; THOMAS, *Non solet locatio dominium mutare*, cit., 348; ID., *Trasporto marittimo, locazione e 'actio oneris aversi'*, in *Antologia giuridica romanistica ed antiquaria*, I, Milano 1968, 223 ss.; LITEWSKI, *Le dépôt irrégulier*, cit., 229 ss.; CARDILLI, *Praestare*, cit., 269 ss.; A. CORBINO, *La commissione di anelli all'orefice su materiali da lui forniti*, in *Studi F. Gallo*, I, Napoli 1997, 143 ss. Fra i pochissimi che sono contrari a vedere nella *mutatio dominii* «der Angelpunkt» del contratto, ricordo il BENKE, *Locatio conductio irregularis*, cit., 191 ss., sul quale tuttavia cfr. le esatte osservazioni del TALAMANCA, in «BIDR» 91 (1988), cit., 913 ss., spec. 915.

Dall'altro, ridimensiona il valore attribuito al passo da buona parte della dottrina, la quale riconosce a Servio (o ad Alfeno) la paternità sostanziale dei *duo genera rerum locatarum*, e conseguentemente l'ammissione di una categoria di *res* che possono essere restituite nel *tantundem*[50]. Anche se è probabile che la divisione in *genera* sia emersa all'interno della scuola di Servio[51], il fatto che in Q. Mucio si ammetta la possibilità di un passaggio di proprietà e dunque di una restituzione nel *tantundem* — oltretutto, a proposito di una fattispecie (l'*aurum* dato ad un orefice perché ne tragga dei manufatti) che in D. 19. 2. 31 viene utilizzata da Alfeno a titolo di esempio — esclude che nella sostanza vi sia stata un'innovazione serviana. E, in aggiunta a quanto detto sopra, è smentito il ruolo attribuito dall'Amirante[52] al frammento nella storia della *locatio conductio*: non è possibile affermare che per Q. Mucio si aveva locazione solo quando fosse restituito l'*idem*, e che con Alfeno, per la prima volta, sia stata accettata una locazione anche laddove fosse stato restituito l'*idem genus*.

In conclusione, possiamo confermare il dato acquisito nell'esegesi di D. 34. 2. 34 pr.: la giurisprudenza tardo-repubblicana non escludeva il ricorrere di una *locatio conductio* anche in quei negozi in cui si realizzava un trasferimento di proprietà.

2. IL REGIME DELLE RECIPROCHE PRESTAZIONI DELLE PARTI NELLA LOCAZIONE DI UN FONDO (D. 19. 2. 15. 2).

2.1. *Il testo.*

Passiamo all'analisi di un noto frammento di Servio, riportato nei *libri ad edictum* di Ulpiano:

> Serv. fr. 27 LENEL = Ulp. 32 *ad ed.* D. 19. 2. 15. 2: si vis tempestatis calamitosae contigerit, an locator conductori aliquid praestare debeat, videamus. Servius omnem vim, cui resisti non potest, dominum

[50] In questa direzione si muove anche la recente proposta del CARDILLI, *Praestare*, cit., 275 s., secondo il quale la regola serviana del *vim sentit dominus* avrebbe sostanzialmente esonerato il trasportatore delle merci da ogni responsabilità, qualora egli non fosse divenuto a sua volta *dominus* delle merci; a questo fine Servio avrebbe creato i *duo genera rerum locatarum*.

[51] Cfr. *supra*, § 1.2.

[52] AMIRANTE, *Ricerche*, cit., 65 ss., spec. 72 ss.

colono praestare debere ait, ut puta fluminum graculorum sturnorum et si quid simile acciderit, aut si incursus hostium fiat: si qua tamen vitia ex ipsa re oriantur, haec damno coloni esse, veluti si vinum coacuerit, si raucis aut herbis segetes corruptae sint. sed et si labes facta sit omnemque fructum tulerit, damnum coloni non esse, ne supra damnum seminis amissi mercedes agri praestare cogatur. sed et si uredo fructum oleae corruperit aut solis fervore non adsueto id acciderit, damnum domini futurum: si vero nihil extra consuetudinem acciderit, damnum coloni esse. idemque dicendum, si exercitus praeteriens per lasciviam aliquid abstulit. sed et si ager terrae motu ita corruerit, ut nusquam sit, damno domini esse: oportere enim agrum praestari conductori, ut frui possit.

La citazione di Servio non è, sicuramente, di prima mano. Lo dimostra un frammento pergamenaceo attribuibile paleograficamente al IV sec. d.C., nel cui *verso* è riportata l'ultima porzione del § 1 e la prima del § 2[53], e dove il *videamus* è seguito da un [*e*]*t refert* che testimonia la presenza di un giurista intermedio — l'Arangio-Ruiz ipotizzò Pomponio, oppure uno degli allievi di Servio[54]. Il tenore letterale del passo induce però a ritenere che il pensiero serviano sia stato riprodotto in modo piuttosto affidabile: anche sostituendo il *Servius ait* della redazione giustinianea con un *et refert Pomponius (?) Servium existimasse*, ci troviamo comunque di fronte ad una diffusa citazione del giurista repubblicano, costruita sintatticamente con una catena di proposizioni oggettive. Proprio la costruzione sintattica, peraltro, impedisce di ritenere, come di recente è stato proposto[55], che la citazione serviana si fermi al *damno domini esse*, e che l'ultima frase (*oportere ... possit*) sia ulpianea:

---

[53] Cfr. PSI, XIV, 1449*v* (Firenze 1957, 159 ss.). V. ARANGIO-RUIZ, *Frammenti di Ulpiano, libro 32 ad edictum, in una pergamena di provenienza egiziana*, in «AG» 153 (1957) = *Studi epigrafici e papirologici* (a cura di L. Bove), Napoli 1974, 463 ss. spec. 466, ha ricostruito così il frammento (metto in corsivo il testo del Digesto e in tondo il testo della pergamena): [*ex conducto actio conductori datur. Competit autem ex his causis fere: ut puta si re quam conduxit frui ei non liceat (forte quia possessio ei aut totius agri aut partis non praestatur,*] [aut villa no]n reficitur [v(el) stabulu]m v(el) ubi gre[ges eius s]tare oporte[at v(el) si qui]d in lege [c]um[ductioni]s convenit, [si hoc non pr]aestetur, [ex conduc]to aget<ur>. Si [vis temp]estatis ca[lamitosae] co(n)tige[rit, an l]ocator condu[ctori hoc nomine ali[quid prae]stare debe[at, videamu]s. [e]t refert [*Pomponius (?) Servium existimasse omnem vim, cui resisti non potest, dominum colono praestare debere <ait>, ut puta fluminum rell.*]. Per la ricostruzione e la datazione, cfr. anche F. WIEACKER, *Textstufen klassischer Juristen*, Göttingen 1960, 256.

[54] ARANGIO-RUIZ, *Frammenti di Ulpiano, libro 32 ad edictum*, cit., 467; L. E. SIERL, *Nachträge zu Lenel's Palingenesia iuris civilis anhand der Papyri*, Fürth 1958 (rist. 1960) 58, propende invece per il solo Pomponio.

[55] Dal CARDILLI, *Praestare*, cit., 235 s., 239 s.

l'infinito *oportere* può spiegarsi solo se retto da *ait*[56] («Servio afferma che ...») o da *existimasse* (a sua volta retto da *refert*: «Pomponio [?] riferisce che Servio riteneva che ...»)[57].

Il passo è generalmente considerato genuino. Rispetto alla prima parte del testo, la pubblicazione (nel 1957) del frammento pergamenaceo sopra ricordato ha indotto la dottrina ad abbandonare i sospetti di interpolazione avanzati dalla critica precedente[58]: anche se, naturalmente, non è possibile escludere in assoluto interventi pregiustinianei[59], il confronto tra il testo conservato nella pergamena e la redazione del Digesto mostra come unici inter-

---

[56] E cioè: *dominum colono praestare* d e b e r e ... *haec damno coloni* e s s e ... *damnum coloni non* e s s e ... *damnum domini* f u t u r u m ... *damnum coloni* e s s e ... *damno domini* e s s e : o p o r t e r e ...

[57] Né può pensarsi — per ovvie ragioni semantiche — che l'ultima frase sia da collegare con il *refert* del giurista intermedio (è inaccettabile una ricostruzione del tipo «Pomponio [?] *riferisce* che ... è necessario che il *locator* presti il fondo ...»). Per l'attribuzione del periodo a Servio, cfr. E. SECKEL - E. LEVY, *Die Gefahrtragung beim Kauf im klassischen römischen Recht*, in «ZSS» 47 (1927) 222; W. ERNST, *Das Nutzungsrisiko bei der Pacht in der Entwicklung seit Servius*, in «ZSS» 105 (1988) 552.

[58] Prescindendo dalla pressoché completa riscrittura del passo proposta dal VON BESELER, *Romanistische Studien* (1928), cit., 301, che lo considerava «ein unerträglich unklarer Text», possiamo ricordare l'eliminazione di *calamitosae* (MAYER-MALY, *Locatio conductio*, cit., 161 e 192 nt. 25 [ma cfr. ID., *Höhere Gewalt: Falltypen und Begriffsbildung*, in *Festschrift A. Steinwenter*, Köln-Graz 1958, 61 nt. 16]; M. KASER, *Periculum locatoris*, in «ZSS» 74 [1957] 169 nt. 47; WIEACKER, *Textstufen*, cit., 256); di *cui resisti non potest* (A. DE MEDIO, *Caso fortuito e forza maggiore in diritto romano*, in «BIDR» 20 [1908] 188 s.; A. GUARNERI CITATI, *Miscellanea esegetica. I*, in «Annali Perugia» 37 [1924] 50 [estr.]; G. I. LUZZATTO, *Caso fortuito e forza maggiore come limite alla responsabilità contrattuale. I. La responsabilità per custodia*, Milano 1938, 221; cfr. anche ID., *Spunti critici in tema di responsabilità contrattuale*, in «BIDR» 63 [1960] 103 nt. 113 e 105 s.); di *et si quid simile acciderit* (DE MEDIO, *loc. ult. cit.*; LUZZATTO, *loc. ult. cit.*; MAYER-MALY, *op. ult. cit.*, 161, che aggiunge *aut si incursus hostium fiat*; KASER, *op. ult. cit.*, 169 nt. 48 [cfr. 172 nt. 62 su *aut — fiat*]; G. LONGO, *Osservazioni critiche sulla disciplina giustinianea della 'locatio-conductio'*, in *Studi B. Biondi*, III, Milano 1965 = *Ricerche romanistiche*, Milano 1966, 552 ss.; ERNST, *Das Nutzungsrisiko bei der Pacht*, cit., 560 e nt. 70). Anche prima del ritrovamento di PSI, XIV, 1449*v*, la completa genuinità del passo era stata affermata da K. VISKY, *La responsabilité dans le droit romain à la fin de la République*, in «RIDA» s. I, 3 (1949) (*Mélanges F. De Visscher*, II) 470 s.; al contrario, anche dopo il ritrovamento, segue ancora le ipotesi interpolazionistiche il PINNA PARPAGLIA, *Vitia ex ipsa re*, cit., 15 s.

[59] Così ARANGIO-RUIZ, *Frammenti di Ulpiano, libro 32 ad edictum*, cit., 467. Sul problema, ma soprattutto rispetto all'altra fonte riportata nel *recto* nella pergamena, Ulp. 32 *ad ed.* D. 19. 2. 13. 4, cfr. in particolare H. J. WOLFF, *Zur Palingenesie und Textgeschichte von Ulpians Libri ad Edictum*, in «Iura» 10 (1959) 1 ss., e WIEACKER, *Textstufen*, cit., 256 s. (meno radicale), nonché M. AMELOTTI, in «SDHI» 24 (1958) 386 ss.; E. SEIDL, *Juristische Papyruskunde*, in «SDHI» 24 (1958) 426 s.; A. D'ORS, *Los nuevos fragmentos florentinos de Ulpiano: PSI. 1449*, in «AHDE» 27-28 (1957-58) 1255 ss.; V. ARANGIO-RUIZ, *Di nuovo sul frammento di Ulpiano in PSI 1449 R*, in «BIDR» 63 (1960) = *Studi epigrafici e papirologici* (a cura di L. Bove), Napoli 1974, 591 ss.; C. A. CANNATA, *Alcune osservazioni ed ipotesi su PSI 1449*, in «AG» 158 (1960) 25 ss.

venti, «formali e privativi»[60], la soppressione di *[hoc] nomine* tra *conductori* e *aliquid praestare* e l'eliminazione del richiamo del giurista intermedio. Rispetto alla parte *sed et si labes — ut frui possit*, che certamente non brilla per eleganza stilistica, si potrebbe pensare a qualche intervento di accorciamento[61]; ma non mi sembra vi siano ragioni per non attribuirla, nella sostanza, a Servio[62], anche in considerazione dei motivi sintattici esposti *supra*, e dei profili di struttura evidenziati *infra*.

Il frammento di Servio si inserisce nel commento ulpianeo alla formula edittale dell'*actio ex conducto* (fr. 949 LENEL). Nel *principium* e nel § 1 del frammento[63], il giurista severiano afferma che l'azione spetta al conduttore in due casi[64]: quando non si permetta al conduttore di godere della cosa condotta (*ut puta si re quam conduxit frui ei non liceat*), oppure quando le parti si siano accordate circa un profilo del rapporto che poi non venga soddisfatto (*vel si quid in lege conductionis convenit, si hoc non praestatur, ex conducto agetur*). Il giurista non si sofferma sul secondo profilo — il che è logico, posto che esso non può essere spiegato in astratto, ma dipende dalla volontà delle parti espressa caso per caso. Rispetto al primo, che sembra invece avere portata generale, Ulpiano propone degli esempi: l'*actio* è esperibile quando non sia stato messo a disposizione il fondo, in tutto o in

---

[60] ARANGIO-RUIZ, *Frammenti di Ulpiano, libro 32 ad edictum*, cit., 467; cfr. anche SIERL, *Nachträge zu Lenel's Palingenesia*, cit., 57 s.

[61] Pensano invece a numerosi glossemi o interpolazioni: MAYER-MALY, *Locatio conductio*, cit., 161; KASER, *Periculum locatoris*, cit., 172 ss.; G. LONGO, *Disciplina giustinianea della 'locatio conductio'*, cit., 552; WATSON, *The Law of Obligations*, cit., 112.

[62] Per D. NÖRR, *Kausalitätsprobleme im klassischen römischen Recht: ein theoretischer Versuch Labeos*, in *Festschrift F. Wieacker*, Göttingen 1978, 121 nt. 29, questa parte di testo sarebbe il prodotto di una contaminazione compilatoria tra esempi ulpianei ed esempi presenti nella sua fonte (Pomponio?), ma non sarebbe comunque attribuibile a Servio. Esprimono dubbi sulla (totale) riferibilità a Servio anche H. ANKUM, *Remissio mercedis*, in «RIDA» s. III, 19 (1972) 225; F. SITZIA, *Considerazioni in tema di 'periculum locatoris' e di 'remissio mercedis'*, in *Studi G. D'Amelio*, I, Milano 1978, 337 nt. 16, 340 nt. 26; L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Ai margini della proprietà fondiaria*[3], Roma 1998, 218; CARDILLI, *Praestare*, cit., 253, 255 s.

[63] Ulp. 32 *ad ed.* D. 19. 2. 15: *ex conducto actio conductori datur.* 1. *Competit autem ex his causis fere: ut puta si re quam conduxit frui ei non liceat (forte quia possessio ei aut totius agri aut partis non praestatur, aut villa non reficitur vel stabulum vel ubi greges eius stare oporteat) vel si quid in lege conductionis convenit, si hoc non praestatur, ex conducto agetur.*

[64] Anche se il *fere* indica che l'elenco non è esaustivo, ma è 'per lo più' così (cfr. gl. *fere* ad D. 19. 2. 15. 1). Su questa distinzione in due ipotesi, cfr. anche KASER, *Periculum locatoris*, cit., 170; MIQUEL, *Periculum locatoris*, cit., 174; I. MOLNÁR, *Rechte und Pflichten der Subjekte der 'locatio conductio'*, in «Index» 12 (1983-84) 159.

parte, oppure quando la *villa* o la stalla o il ricovero del gregge non siano stati riparati[65].

Ulpiano, dunque, muove essenzialmente dalla prospettiva del *praestare rem ut frui liceat*. Nel § 2, il giurista si volge a considerare il caso in cui il godimento sia reso impossibile dall'intervento di una *vis tempestatis calamitosae*: in tal caso — egli si domanda — il *locator* è tenuto ad *aliquid praestare* nei confronti del conduttore?

È a questo punto che viene citato Servio. Non sappiamo se la prima frase del § 2 (*si vis ... videamus*) sia il riassunto di una *quaestio* posta al giurista repubblicano. Ma non mi sembra impossibile ipotizzare che il giurista che riprodusse il parere serviano — Pomponio o lo stesso Ulpiano, qualora quest'ultimo abbia attinto direttamente ad Alfeno, Ofilio, o ad un altro degli *auditores Servii* — abbia inteso distaccare il *responsum* dal suo contesto pratico e per questo abbia riassunto (o soppresso) la *quaestio*[66]. Le parti del responso che ci sono rimaste, infatti, riproducono una struttura argomentativa che, come vedremo tra breve, risponde ad uno schema comune ai responsi serviani.

Il parere di Servio può essere diviso in due parti[67].

Innanzitutto viene posta una distinzione generale, corredata di esempi. Il *dominus* deve *praestare* al *colonus* tutti quei casi in cui intervenga una *vis cui resisti non potest*: ad esempio la *vis* dei fiumi, delle cornacchie, degli storni *et similia*, oppure di una incursione nemica[68]. Al contrario, se vi siano *vitia* originati *ex ipsa re*, il *damnum*

---

[65] Questa parte di testo, in passato, è stata ritenuta insiticia: O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, II, Lipsiae 1889, 640 nt. 1 riteneva glossema *vel ubi — oporteat*; l'interpolazione partirebbe da *forte* per il PEROZZI, *Istituzioni*, cit., II², 289 nt. 1, seguito da E. ALBERTARIO, *Il possesso della superficie*, in «St. Ist. Giur. Pavia» 1 (1912) = *Studi di diritto romano*, II, Milano 1941, 412 nt. *; G. LONGO, *Sul regime delle obbligazioni corrispettive nella 'locatio-conductio rei'*, in *Studi V. Arangio-Ruiz*, III, Napoli 1953 = *Ricerche romanistiche*, Milano 1966, 525 (che giunge sino a *convenit*); MAYER-MALY, *Locatio conductio*, cit., 152; nonché (ancora nel 1983) PINNA PARPAGLIA, *Vitia ex ipsa re*, cit., 13. Ma il ritrovamento di PSI, XIV, 1449*v*, ha fugato ogni dubbio.

[66] Secondo R. SEAGER, *Of Vis and Weeds: D. 19. 2. 15. 2 and D. 19. 2. 19. 1*, in «SDHI» 31 (1965) 331, e J. A. C. THOMAS, *Remissio mercedis*, in *Studi G. Donatuti*, III, Milano 1973, 1272, invece, il problema sarebbe posto da Ulpiano, che citerebbe un'opinione di Servio per risolverlo.

[67] Divide il testo in «Absätzen» anche KASER, *Periculum locatoris*, cit., 169; rispetto alla 'Gliederung' dello studioso tedesco io riunisco sotto il medesimo punto *b)* tutta la casistica (nella ricostruzione dell'a., da *b*] ad *e*]).

[68] Secondo il NÖRR, *Kausalitätsprobleme*, cit., 122, questo esempio, per il modo in cui è aggiunto, potrebbe non essere serviano (si ricorderà [cfr. *supra*, nt. 58], che la frase,

sarà sopportato dal *colonus*: così se il vino si sia inacidito, o le messi siano state rovinate dai vermi o dalle erbe cattive.

Poi vengono aggiunte una serie di precisazioni relative a singole ipotesi di *vis*. Ricade sul *dominus* il *damnum* derivante da una frana[69] che abbia distrutto i frutti (non si può porre sulle spalle del colono, oltre alla perdita dei semi, anche l'onere della mercede); ma anche la perdita dei frutti dell'olivo causata da una malattia della pianta[70] o dall'inconsueto calore del sole. Se invece non sia accaduto nulla che ecceda la *consuetudo*, il *damnum* è del *colonus*; e lo stesso avviene quando un esercito indisciplinato, passando, abbia portato via qualcosa. Se infine un terremoto rovini il campo al punto di distruggerlo completamente, il *damnum* è del *dominus*: è necessario, infatti, che il locatore fornisca al conduttore il campo, perché possa questi goderne.

2.2. *Il valore della* distinctio *serviana: a)* vis cui resisti non potest.

Nell'analisi del frammento converrà partire dalla *distinctio* tra *vis cui resisti non potest* e *vitia ex ipsa re*, sulla quale si è molto discusso.

Apparentemente, nel testo i due criteri non sono omogenei: la *vis* è qualificata come 'irresistibile' e i *vitia* come 'interni'. Cosicché, volendo pensare ad una antitesi tra *vis* e *vitia*, sarebbe possibile pensare ad una *vis* 'irresistibile' contrapposta a *vitia* 'resistibili' per il colono (ossia evitabili con la normale diligenza)[71], oppure ad una *vis* 'esterna' contrapposta a *vitia* 'interni'[72], o ancora al concorrere di entrambe le opposizioni[73]. È stato però anche ipotizzato che il *tamen* del testo non indichi un'antitesi tra i due termini, e che nel secondo criterio sia in qualche modo riprodotto anche il primo: il *dominus* sopporterebbe il

---

per il MAYER-MALY, *Locatio conductio*, cit., 161, e il KASER, *Periculum locatoris*, cit., 172 nt. 62, potrebbe essere un glossema). Ma cfr. A. MASI, *Il problema della remissione della mercede nella locazione di fondi rustici alla luce di una testimonianza di Columella*, in *Studi G. D'Amelio*, I, Milano 1978, 275 nt. 12. Vedi anche *infra*, § 2.5.

[69] Per questa interpretazione del termine *labes*, cfr. *infra*, § 2.4.

[70] Per questa interpretazione del termine *uredo*, cfr. *infra*, § 2.4.

[71] PINNA PARPAGLIA, *Vitia ex ipsa re*, cit., 24 s.

[72] WATSON, *The Law of Obligations*, cit., 112 (data come alternativa all'ipotesi su cui *infra*, nt. 74); SEAGER, *Of Vis and Weeds*, cit., 331 s.: la *vis* sarebbe sempre *extraria*, e si distinguerebbe in *vis cui resisti non potest* e *vis cui resisti potest* (quest'ultima non nominata nel passo, ma tenuta presente da Servio); i *vitia*, estranei al problema, sarebbero stati aggiunti per indicare gli effetti della «non-external *vis*».

[73] G. NICOSIA, *La responsabilità del locatore per i vizi della cosa locata nel diritto romano*, in «RISG» 92 (1957-1958) 413.

damnum quando intervenga una *vis* irresistibile, ma non quando (anche con il concorrere di tale *vis*) i *vitia* si sviluppino *ex ipsa re*[74].

Riesaminando i termini del problema, occorre innanzitutto rilevare che l'espressione *vis cui resisti non potest* non deve essere considerata sospetta[75] — essa si accorda con locuzioni del linguaggio retorico che troviamo anche in Cicerone, e con la terminologia di giuristi di poco posteriori[76] — né si deve necessariamente pensare di sostituirla con altre espressioni come *vis extraria*, *vis maior*, ecc., perché essa ha una precisa, e non sostituibile, valenza semantica. Dal confronto con altri passi, infatti, si comprende che per Servio, in questo tipo di rapporti, il termine *vis* ha di per sé, anche senza ulteriori specificazioni, il valore di *vis* esterna (*extraria*)[77]. Cosicché l'espressione in discorso deve essere interpretata come 'forza esterna (*vis*) irresistibile (*cui resisti non potest*)'; una forza, cioè, che non solo non è riconducibile al colono, ma non poteva neanche da questo essere evitata — essendo imputabili al conduttore anche quei danni derivanti alla cosa dal comportamento di terzi[78].

Mi sembra che tutto ciò risulti dall'esame di tre passi tratti dai *digesta* di Alfeno.

Il primo è Alf. 3 *dig. a Paul. epit.* D. 19. 2. 30. 4[79]: nella *lex contractus*[80] relativa alla locazione di una *villa*, il colono si era impegnato a restituire la *res*

---

[74] WATSON, *The Law of Obligations*, cit., 111 s.

[75] Cfr. *supra*, nt. 58. I. MOLNÁR, *Die Ausgestaltung des Begriffes der vis maior im römischen Recht*, in «Iura» 32 (1981) 81, 88, 98 s.; ID., *Verantwortung und Gefahrtragung*, cit., 666 s. e nt. 253, ritiene che l'espressione sia da attribuire ad Ulpiano.

[76] Cfr. Cic. *inv.* 2. 170: *cui nulla vi resisti potest*, e Lab. fr. 294 LENEL = Ulp. 32 *ad ed.* D. 19. 2. 13. 7, su cui T. GIARO, *Excusatio necessitatis nel diritto romano*, Warszawa 1982, 61. Cfr. in questo senso anche CARDILLI, *Praestare*, cit., 241 e nt. 24.

[77] Cfr. immediatamente di seguito, D. 19. 2. 30. 4.

[78] Cfr. immediatamente di seguito, D. 19. 2. 29 e D. 19. 2. 30. 2.

[79] Alf. 3 *dig. a Paul. epit.* D. 19. 2. 30. 4: *colonus villam hac lege acceperat, ut incorruptam redderet praeter vim et vetustatem: coloni servus villam incendit non fortuito casu. non videri eam vim exceptam respondit nec id pactum esse, ut, si aliquis domesticus eam incendisset, ne praestaret, sed extrariam vim utrosque excipere voluisse.*

[80] Non mi pare possa seguirsi il PINNA PARPAGLIA, *Vitia ex ipsa re*, cit., 79, nel negare ad *hac lege* questo significato, argomentando sulla base del fatto che manca la specificazione *locationis*. Più gravi potrebbero apparire i dubbi di U. VON LÜBTOW, *Die Haftung des Pächters nach D. 19, 2, 30, 4*, in *Studi E. Betti*, III, Milano 1962, 373, che rileva come la *lex*, che dovrebbe concretarsi in un *dictum* unilaterale, sia raffigurata come un *pactum*; ma cfr. al riguardo G. DIÓSDI, *Pacta nuda servabo? Nuovi dubbi intorno ad un vecchio problema*, in «BIDR» 74 (1971) 97 ss. (e nt. 27); F. GALLO, *Synallagma e conventio nel contratto*, I, Torino 1992, 51.

locata integra '*praeter vim et vetustatem*'; la *villa* viene bruciata *non fortuito casu* da un *servus* del colono. Alfeno (o Servio[81]), evidentemente interrogato sul valore dell'eccezione contrattuale rispetto al caso concreto, risponde che non sembra che una tale *vis* sia ricompresa nella clausola, né che sia stato pattuito che il conduttore non risponda per i danni causati da un suo *domesticus*; piuttosto, sembra che le parti abbiano voluto fare eccezione della sola *vis extraria*[82].

Nell'analisi del concetto di *vis*, Alfeno dà rilievo innanzitutto al profilo della 'irresistibilità': il *damnum* è addebitato al colono perché l'incendio si è realizzato *non fortuito casu*[83]. Ma poi, nell'ultima parte del passo, si concentra

---

[81] Il responso è attribuito a Servio dal VISKY, *La responsabilité en droit romain*, cit., 473, e dal MAYER-MALY, *Locatio conductio*, cit., 190, sulla scorta del *respondit*; cfr. anche B. W. FRIER, *Tenant's Liability to Landlord's Property in Classical Roman Law*, in «ZSS» 95 (1978) 250; R. KNÜTEL, *Die Haftung für Hilfspersonen im römischen Recht*, in «ZSS» 100 (1983) 365; CAPOGROSSI COLOGNESI, *Ai margini della proprietà fondiaria*³, cit., 204. Più corretta mi appare la posizione dubitativa del VON LÜBTOW, *D. 19, 2, 30, 4*, cit., 369 (seguito dal MOLNÁR, *Verantwortung und Gefahrtragung*, cit., 628 nt. 126).

[82] Nel valutare il tenore del responso, occorre tener presente che il giurista non è chiamato a verificare l'esistenza di una *culpa* del colono — come, ad esempio, avviene in Alf. 2 *dig.* D. 18. 6. 12, in tema di compravendita. Cosicché — a differenza di quanto ipotizzato da I. DE FALCO, *Diligentiam praestare. Ricerche sull'emersione dell'inadempimento colposo delle 'obligationes'*, Napoli 1991, 73, che pensa ad una responsabilità del conduttore «per la scelta inopportuna dei propri collaboratori» — mi sembra che nel frammento resti del tutto sullo sfondo il problema dell'imputabilità al colono del comportamento negligente del *servus* (su cui cfr., da ultimi, KNÜTEL, *Die Haftung für Hilfspersonen*, cit., 348 ss.; CARDILLI, *Praestare*, cit., 291 ss.): nella *lex contractus* il conduttore ha assunto su di sé l'obbligazione di *reddere* in tutte le ipotesi, *praeter vim et vetustatem*, e pertanto risponde di tutti i fatti che non rientrino in queste due ipotesi. Si noti, peraltro, che per un esonero della responsabilità del *colonus* in ordine alla *vetustas*, una clausola analoga si ritrova anche in Cat. *agr.* 144. 2 (5.); si presume generalmente che il conduttore non rispondesse a questo titolo: cfr. KASER, *Das römische Privatrecht*, cit., I², 566 nt. 24; B. W. FRIER, *Law, Technology, and Social Change: the Equipping of Italian Farm Tenancies*, in «ZSS» 96 (1979) 210 nt. 36; ID., *Landlords and Tenants*, cit., 139.

[83] E da questa precisazione (l'espressione mi sembra renda più che 'sottintesa', come vorrebbe T. GIARO, *Il limite della responsabilità ex cautione damni infecti*, in «BIDR» 78 [1975] 276, l'irresistibilità del fattore esterno) possiamo dedurre che, verisimilmente, se l'incendio fosse stato causato sempre dal *servus*, ma accidentalmente, l'evento sarebbe stato fatto rientrare nella *vis excepta* (in questo senso mi sembra si pongano anche P. W. DE NEEVE, *Remissio mercedis*, in «ZSS» 100 [1983] 326 nt. 112; KNÜTEL, *Die Haftung für Hilfspersonen*, cit., 348 nt. 27). Al riguardo, bisogna notare che, ipotizzando l'interpolazione di *non fortuito casu* (così DE MEDIO, *Caso fortuito e forza maggiore in diritto romano*, cit., 160 nt. 3; GUARNERI CITATI, *Miscellanea esegetica*, cit., 13 s.; S. SOLAZZI, *Miscellanea*, in «AG» 94 [1925] 83; LUZZATTO, *Caso fortuito e forza maggiore*, cit., 221; H. COING, *Zur Methodik der republikanischen Jurisprudenz: zur Entstehung der grammatisch-logisch Auslegung*, in *Studi V. Arangio-Ruiz*, I, Napoli s.d. [ma 1953], 383; MAYER-MALY, *Locatio conductio*, cit., 190; VON LÜBTOW, *D. 19, 2, 30, 4*, cit., 370; WATSON, *The Law of Obligations*, cit., 118), si perde completamente il valore della prima parte del ragionamento del giurista (cfr., per la genuinità almeno sostanziale dell'espressione già W. KALB, *Roms*

sul profilo della 'estraneità' della *vis*: e ciò perché il giurista evidentemente sente la necessità di chiarire che la clausola contrattuale non esonerava il *colonus* dai danni prodotti dai suoi *domestici*, bensì unicamente da quelli derivanti da un agente esterno[84]: i comportamenti del sottoposto[85] ricadono normalmente — pur se non in assoluto[86] — nella sfera del *paterfamilias*[87].

In Alf. 7 *dig.* D. 19. 2. 29[88] abbiamo invece una dimostrazione del fatto che, affinché la *vis* sia addebitata al locatore, non è sufficiente che essa sia *extraria*. Il responso ci presenta un'altra *lex locationis*, questa volta relativa alla locazione di una *silva*: con la clausola il conduttore si era impegnato a non tagliare, né recintare, né bruciare la *silva* stessa, e a non permettere (*sinere*) che qualcuno la tagliasse, la recintasse o la bruciasse. Viene chiesto ad Al-

---

*Juristen nach ihren Sprache dargestellt*², Leipzig 1890, 38; e, in tempi più recenti, VISKY, *La responsabilité en droit romain*, cit., 473; FRIER, *Tenant's Liability*, cit., 252; MOLNÁR, *Die Ausgestaltung des Begriffes der vis maior*, cit., 84; ID., *System der Verantwortung im römischen Recht der späteren Republik*, in «BIDR» 92-93 [1989-1990] 605): è vero che la *culpa* del *servus* in sé e per sé non sarebbe rilevante (così, in particolare, WATSON, *loc. ult. cit.*), ma lo diviene per escludere che l'evento sia accidentale; se si collegasse direttamente il *damnum* alla interpretazione di *vis* come *vis extraria* (così, ad esempio, nella restituzione del testo proposta dal VON LÜBTOW, *D. 19, 2, 30, 4*, cit., 373, seguito dal PINNA PARPAGLIA, *Vitia ex ipsa re*, cit., 77 s.: *colonus — incendit [non fortuito casu]: extrariam vim exceptam videri respondit, ut* [so dass], *si aliquis domesticus villam incendisset, colonus damnum praestare debeat*; nella sostanza, il collegamento diretto tra *damnum* e *vis extraria* è compiuto anche dallo KNÜTEL, *Die Haftung für Hilfspersonen*, cit., 365), si dovrebbe concludere che il colono non sarebbe stato tenuto per i danneggiamenti derivati alla cosa da una forza esterna, anche quando egli avrebbe potuto impedirli — il che Alfeno ovviamente nega, come vedremo nell'analisi di D. 19. 2. 29.

[84] Sul rapporto antitetico *domesticus* ~ *extrarius*, cfr. FRIER, *Tenant's Liability*, cit., 251 e nt. 58; per un analogo uso (sostantivale) di *extrarius* cfr. anche Alf. 2 *dig.* D. 39. 2. 43. 1.

[85] Per *domestici* devono intendersi non solo gli schiavi, ma «tutte le persone della casa» (C. A. CANNATA, *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano*, in «Iura» 43 [1992] e 44 [1993] = [ed. aut.] Catania 1996, 106 nt. 87]).

[86] Cfr. ancora Alf. 2 *dig.* D. 18. 6. 12.

[87] Il che, è inutile sottolinearlo, è problema che prescinde del tutto dalla valutazione della *culpa* del conduttore: cfr. *supra*, nt. 82. Si noti, incidentalmente, che tutta la porzione di testo *ne id pactum — voluisse* sarebbe interpolata per il SOLAZZI, *Miscellanea*, cit., 83 s., e ampiamente rielaborata per il VON LÜBTOW, *D. 19, 2, 30, 4*, cit., 373 (parzialmente seguito da PINNA PARPAGLIA, *Vitia ex ipsa re*, cit., 77 s.; cfr. *supra*, nt. 83); ma per la genuinità si è pronunciato, con convincenti argomenti, WATSON, *The Law of Obligations*, cit., 118 ss.

[88] Alf. 7 *dig.* D. 19. 2. 29: *in lege locationis scriptum erat: 'redemptor silvam ne caedito neve cingito neve deurito neve quem cingere caedere urere sinito'. quaerebatur, utrum redemptor, si quem quid earum rerum facere vidisset, prohibere deberet an etiam ita silvam custodire, ne quis id facere possit. respondi verbum sinere utramque habere significationem, sed locatorem potius id videri voluisse, ut redemptor non solum, si quem casu vidisset silvam caedere, prohiberet, sed uti curaret et daret operam, ne quis caederet.*

feno (o a Servio[89]) quale sia il dovere del conduttore: se limitarsi a proibire queste attività a coloro i quali le avessero compiute dinanzi ai suoi occhi, oppure se custodire la *silva* in modo tale da impedire in assoluto il comportamento dannoso dei terzi. Il giurista risponde che il verbo '*sinere*' ha l'uno e l'altro significato, ma che la volontà del locatore sembra doversi interpretare nel senso che il *redemptor* non si dovesse limitare a proibire il taglio (la recinzione, l'incendio) a chi, per caso[90], fosse stato visto farlo, ma che dovesse provvedere attivamente a fare in modo che nessuno tagliasse (recintasse, incendiasse) la *silva*[91].

Come si vede, nel responso la responsabilità del conduttore[92] giunge a coprire tutti quei fatti dannosi per la *res locata* che egli possa impedire, anche qualora ciò gli richieda un comportamento attivo. Non è sufficiente, cioè, che l'evento dannoso sia prodotto da un agente diverso dal conduttore (*extrarius*): è necessario che l'evento non sia evitabile dal *redemptor* con la normale diligenza. Non solo, ma deve essere sottolineato che questo principio viene affermato da Alfeno anche rispetto ad una formulazione non chiara della *lex*; il che mostra come una simile responsabilità del conduttore non poggi su una occasionale clausola contrattuale, ma sia ritenuta coessenziale all'assetto di interessi di una *locatio conductio*, in quanto fondata sulla *bona fides*[93].

---

[89] Mi sembra che l'inaffidabilità dell'alternanza *respondi / respondit* (cfr. *supra*, § 1.2) non debba interessare solo la forma alla terza persona, ma anche quella alla prima; e che pertanto non sia impossibile che il responso rimonti a Servio. Così anche MAYER-MALY, *Locatio conductio*, cit., 108 e nt. 11. Pensano ad una possibile paternità serviana WATSON, *The Law of Obligations*, cit., 124; G. MACCORMACK, *Custodia and culpa*, in «ZSS» 89 (1972) 195; FRIER, *Tenant's Liability*, cit., 244; Chr. KRAMPE, *Die ambiguitas-Regel: Interpretatio contra stipulatorem, venditorem, locatorem*, in «ZSS» 100 (1983) 224.

[90] Sul valore di *casus* nel testo, da non intendere come 'caso fortuito', cfr. LUZZATTO, *Caso fortuito e forza maggiore*, cit., 215; VISKY, *La responsabilité dans le droit romain*, cit., 472.

[91] La porzione di testo *sed uti — caederet* sarebbe interpolata per il COING, *Zur Methodik der republikanischen Jurisprudenz*, cit., 385 nt. 93, ma unicamente per ragioni formali.

[92] Che per alcuni sarebbe per *culpa*: MACCORMACK, *Custodia and culpa*, cit., 194 s.; A. METRO, *L'obbligazione di custodire nel diritto romano*, Milano 1966, 176 ss.; FRIER, *Tenant's Liability*, cit., 245 (che parla di «casual use of the word *custodire*»); MOLNÁR, *Verantwortung und Gefahrtragung*, cit., 636 (cfr. ID., *System der Verantwortung*, cit., 609); CANNATA, *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano*, cit., 66 s. Per altri per *custodia*: Fr. SCHULZ, *Die Haftung für das Verschulden der Angestellten im klassischen römischen Recht*, in «GrünhutsZschr.» 38 (1911) 39; MAYER-MALY, *Locatio conductio*, cit., 202 s.; ID., *Höhere Gewalt*, cit., 68; W. HOFFMANN-RIEM, *Die custodia-Haftung des Sachmieters untersucht an Alf. / Paul. D. 19, 2, 30, 2*, in «ZSS» 86 (1969) 397 s., 400 ss.; R. ROBAYE, *L'obligation de garde. Essai sur la responsabilité contractuelle en droit romain*, Bruxelles 1987, 410 ss.; P. VOCI, *'Diligentia', 'custodia', 'culpa'. I dati fondamentali*, in «SDHI» 56 (1990) 80.

[93] Il percorso del responso, come si vede, segue due tappe. In un primo momento, il giurista si sofferma sul verbo '*sinere*', e rileva che, da un punto di vista semantico, esso potrebbe indicare tanto un comportamento occasionale, quanto un'attività di custodia orga-

Peraltro, alle medesime conclusioni si giunge analizzando un altro passo, in cui la *lex locationis* determina soltanto un limite quantitativo alla utilizzazione della *res locata*, e cioè Alf. 3 *dig. a Paul. epit.* D. 19. 2. 30. 2[94]. Nella fattispecie qui descritta, la locazione di alcune mule da carico era stata limitata al trasporto di un *certum pondus*, ma il *conductor* le aveva caricate con un peso maggiore. Alfeno viene interrogato circa l'azione da utilizzare[95], e risponde che il *locator* può agire con l'*actio legis Aquiliae* solo nei confronti di colui il quale abbia guidato[96] le mule, mentre può agire *ex locato* nei confronti del conduttore anche se la *ruptio* fosse stata causata da altri (*si alius eas rupisset*).

Ai nostri fini, naturalmente, il problema principale rappresentato dal passo è costituito dall'interpretazione dell'*alius*. Per alcuni, l''altro' sarebbe identificabile unicamente con un dipendente del *conductor*[97]; ma poiché nul-

---

nizzata (su questo valore di *sinere* nel passo, diverso da quello che compare nel legato *sinendi modo*, cfr. S. RICCOBONO, *Studi critici sui libri XVIII di Paulus ad Plautium*, in «BIDR» 6 [1893] 138 nt.; BAMMATE, *Origine et nature du legs 'sinendi modo'*, cit., 119 ss.; PEZZANA, *Contributi allo studio del legato 'sinendi modo'*, cit., 75 ss.; G. GROSSO, *I legati nel diritto romano*², Torino 1962, 84 nt. 1). Ma poi l'analisi va oltre il significato letterale della *lex* per ricercare quale sia l'effettiva volontà del locatore (così MAYER-MALY, *Locatio conductio*, cit., 108; G. GANDOLFI, *Studi sull'interpretazione degli atti negoziali in diritto romano*, Milano 1966, 102 s.; HOFFMANN-RIEM, *D. 19, 2, 30, 2*, cit., 398; per il COING, *Zur Methodik der republikanischen Jurisprudenz*, cit., 385, invece, il giurista risolverebbe la *quaestio* sulla base dell'«objektiver Wortsinn»). Ed è proprio questo secondo momento ad essere per noi più interessante, perché ci mostra come, di fronte all'ambiguità della formulazione, Alfeno preferisca poggiare la propria soluzione più sul principio della *bona fides* contrattuale, che lega le parti ad un impegno di cooperazione, piuttosto che sull'applicazione della regola *ambiguitas contra locatorem* (così GANDOLFI, *Studi sull'interpretazione degli atti negoziali*, cit., 103. Sul rapporto tra la soluzione offerta nel passo e il principio *ambiguitas contra locatorem*, cfr. anche H. E. TROJE, *Ambiguitas contra stipulatorem*, in «SDHI» 27 [1961] 179 s.; KRAMPE, *Die ambiguitas-Regel*, cit., 224 s.).

[94] Alf. 3 *dig. a Paul. epit.* D. 19. 2. 30. 2: *qui mulas ad certum pondus oneris locaret, cum maiore onere conductor eas rupisset, consulebat de actione. respondit vel lege Aquilia vel ex locato recte eum agere, sed lege Aquilia tantum cum eo agi posse, qui tum mulas agitasset, ex locato etiam si alius eas rupisset, cum conductore recte agi.*

[95] La richiesta del *locator* era generica, potendo riguardare ogni possibile azione, per cui non c'è alcun bisogno di pensare ad una aggiunta di Paolo del riferimento all'*actio legis Aquiliae* (come invece ritiene J. A. C. THOMAS, *Actiones ex locato / conducto and Aquilian Liability*, in «AJ» 1978, 127).

[96] Sull'esatto valore di *agito*, esprimente «l'attività di incitare, spingere, pungolare» cfr. S. SCHIPANI, *Responsabilità 'ex lege Aquilia'. Criteri di imputazione e problema della 'culpa'*, Torino 1969, 191.

[97] SCHULZ, *Die Haftung für das Verschulden der Angestellten*, cit., 39; HAYMANN, *Über Haftung für custodia*, cit., 250 s. (che peraltro leggeva l'ultima parte del brano come interpolazione); J. VÁŽNÝ, *Custodia*, in «AUPA» 12 (1929) 130 (che segue l'Haymann nell'ipotizzare una interpolazione); DE SARLO, *Alfeno Varo*, cit., 102 s.; ALZON, *Location des entrepôts*, cit., 142 s. nt. 691; HOFFMANN-RIEM, *D. 19, 2, 30, 2*, cit., 399; U. VON LÜBTOW, *Untersuchungen zur lex Aquilia de damno iniuria dato*, Berlin 1971, 72; ROBAYE, *L'obligation de garde*, cit., 149; VOCI, *Diligentia, custodia, culpa*, cit., 107.

la, nel passo, induce necessariamente a pensare ad un simile rapporto di dipendenza, sembra preferibile pensare — con altra parte della dottrina — che l'*alius* possa essere identificato con un qualsiasi terzo[98]. Concluderemo, pertanto, che la responsabilità del conduttore per il fatto di terzi[99] era ammessa non solo qualora vi fosse al riguardo una specifica clausola contrattuale (come in D. 19. 2. 29), ma in ogni caso, per la logica stessa del contratto e del vincolo di *bona fides* esistente tra le parti.

2.3. *Il valore della* distinctio *serviana: b)* vitia ex ipsa re.

Verificato il valore dell'espressione *vis cui resisti non potest*, mi sembra divenga più agevole la comprensione del richiamo ai *vitia ex ipsa re*, sulla cui identificazione si è molto discusso.

Occorre premettere che, rispetto all'interpretazione della locuzione, non appare giustificato il tentativo di leggere l'espressione nel senso di 'vizi provocati dall'attività del colono'[100]. È chiaro che, nella *distinctio*, il profilo della 'resistibilità' — e dunque di un impegno del colono ad evitare i danni — ha un rilievo almeno implicito, perché se solo i casi di forza irresistibile sono addebitabili al locatore, è evidente che i casi di vizi resistibili ricadranno nella sfera del conduttore. Ed è altrettanto chiaro che l'inacidimento del vino e il deterioramento delle messi a causa dei vermi e delle piante cattive possono in astratto esse-

---

[98] V. ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale in diritto romano*², Napoli 1935 (rist. 1958), 135, 163; G. MACCORMACK, *Culpa in eligendo*, in «RIDA» s. III, 18 (1971) 534; ID., *Aquilian Studies*, in «SDHI» 41 (1975) 58; THOMAS, *Actiones ex locato / conducto and Aquilian Liability*, cit., 127; KNÜTEL, *Die Haftung für Hilfspersonen*, cit., 366 e nt. 104; CARDILLI, *Praestare*, cit., 281 s.

[99] Che per alcuni sarebbe responsabilità per *culpa*: MACCORMACK, *Culpa in eligendo*, cit., 535; FRIER, *Tenant's Liability*, cit., 267; MOLNÁR, *Verantwortung und Gefahrtragung*, cit., 632; ID., *System der Verantwortung*, cit., 596; ROBAYE, *L'obligation de garde*, cit., 149; ID., *Remarques sur le concept de faute dans l'interprétation classique de la lex Aquilia*, in «RIDA» s. III, 38 (1991) 354 s.; VOCI, *Diligentia, custodia, culpa*, cit., 107; CANNATA, *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano*, cit., 63. Per altri responsabilità per *custodia*: SCHULZ, *Die Haftung für das Verschulden der Angestellten*, cit., 38; ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale*², cit., 135, 163; HOFFMANN-RIEM, *D. 19, 2, 30, 2*, cit., 399 ss. Per il CARDILLI, *Praestare*, cit., 282, dovrebbe invece essere letta come una «situazione di garanzia» del conduttore che prescinde da entrambi i criteri.

[100] È questa, invece, la lettura del PINNA PARPAGLIA, *Vitia ex ipsa re*, cit., 27, 30: per *ipsa res* dovrebbe intendersi non il *fundum*, ma il *fundum colendum*, l'attività da realizzarsi sul fondo. Oltre ai rilievi formulati in testo (che mi sembra si accordino con quanto notato dal CAPOGROSSI COLOGNESI, *Ai margini della proprietà fondiaria*³, cit., 217), a questa ricostruzione può obiettarsi che nel linguaggio alfeniano «*culpa* e *vitium* non soddisfano ... un rapporto sinonimico» (CARDILLI, *Praestare*, cit., 247).

re determinati dalla negligenza del colono[101]. Ma ciò non consente di concludere che nel responso serviano questi profili abbiano effettivamente avuto rilievo. In realtà, scopo del giurista è quello di indicare in quali casi il colono poteva agire *ex conducto* contro il locatore nel caso di intervento di una *vis tempestatis calamitosae*, e a tal fine egli poteva lasciare sullo sfondo i profili legati ad una eventuale *culpa* del conduttore.

Né, d'altra parte, sembra possibile seguire quelle interpretazioni che ravvisano nei *vitia ex ipsa re* i vizi del fondo (e più in generale della *res conducta*)[102], oppure dei frutti dello stesso[103]. La prima proposta non può essere accolta perché si pone in contraddizione sia con la logica del rapporto — il conduttore dovrebbe infatti gravarsi dei danni derivanti da una cosa che il locatore gli ha locato con dei vizi, senza alcuna responsabilità per l'altra parte —, sia con il dettato di altri passi serviani dai quali emerge il principio opposto[104]. La seconda potrebbe essere sostenibile per uno degli esempi serviani (il vino che inacidisce[105]), ma non si adatta all'altro: le *herbae* cattive possono creare un *vitium* irrimediabile alle *segetes* solo in quanto diminuiscono la produttività del fondo, non in quanto siano semplicemente mi-

---

[101] Questo profilo è evidenziato dal NICOSIA, *La responsabilità del locatore*, cit., 413, dall'ALZON, *Les risques dans la 'locatio conductio'*, 315 s. nt. 20, e dal SITZIA, *'Periculum locatoris' e 'remissio mercedis'*, cit., 334 s. e nt. 10; 338 e nt. 21 (rispetto al quale cfr. le critiche del CAPOGROSSI COLOGNESI, *Ai margini della proprietà fondiaria*³, cit., 218 nt. 36); ma cfr. già D. GOTHOFREDI *Corpus iuris civilis*, ad D. 19. 2. 15. 2, ed. Amstelodami - Lugduni Batavorum 1763, 283; WESTPHAL, *Kauf, Pacht, Mieth- und Erzinskontract*, cit., 596.

[102] GLÜCK, *Pandecten*, cit., XVII, 449 nt. 33 = *Pandette*, cit., XIX, 248 nt. 33 (§ 1056); E. COSTA, *La locazione di cose nel diritto romano*, Torino 1915, 50 s. e gli altri autori citati dal NICOSIA, *La responsabilità del locatore*, cit., 407 s. nt. 18, cui *adde* KASER, *Periculum locatoris*, cit. 172 e 176; ANKUM, *Remissio mercedis*, cit., 224 s. (che critica il Nicosia: 225 nt. 10).

[103] W. SELL, *Ueber die remissio mercedis bei dem Pachtvertrage wegen zufälliger Verhinderung des Früchtebezugs*, in «Arch. f. civ. Prax.» 20 (1837) 188 ss.; C. Fr. F. SINTENIS, *Das practische gemeine Civilrecht*, II³, Leipzig 1868, 667 s. nt. 74 (§ 118); NICOSIA, *La responsabilità del locatore*, cit., 410 ss.; SEAGER, *Of Vis and Weeds*, cit., 333; MIQUEL, *Periculum locatoris*, cit., 174.

[104] Mi riferisco a Serv. fr. 28 LENEL = Ulp. 32 *ad ed.* D. 19. 2. 19. 1, sul cui rapporto con D. 19. 2. 15. 2 cfr. *infra*.

[105] E ciò, non volendo accogliere la prospettiva — in effetti poco convincente, ma non impossibile — di CUIACII *Observationes et emendationes*, XXVI. 32, in *Opera*, cit., III, 754. C, e di GLÜCK, *Pandecten*, cit., XVII, 449 nt. 33 = *Pandette*, cit., XIX, 248 nt. 33 (§ 1056), che vedono nel *vinum* l'uva inacidita sulla pianta, prima della *perceptio*.

schiate, nella raccolta, alle messi; e lo stesso deve dirsi rispetto alle *raucae*, ossia ai vermi del terreno che divorano le radici delle piante[106].

A me pare, piuttosto, che sia da accogliere quella ipotesi ricostruttiva — del Sitzia e del Capogrossi Colognesi[107] — secondo la quale con *vitia ex ipsa re* Servio alludeva ai r i s c h i i n t r i n s e c a m e n t e c o n n e s s i a l l a n a t u r a d e l l ' a t t i v i t à a g r i c o l a: credo, in altre parole, che il termine *res* non indichi, nella locuzione, il fondo, bensì l'intera attività svolta dal conduttore sul terreno. Questa lettura, infatti, consente sia di superare le asimmetrie degli esempi serviani, sia di comprendere la logica della distinzione.

Distinzione che, a mio avviso, va spiegata nel senso di una opposizione tra 'forza (esterna) irresistibile' e 'vizi interni (resistibili)': riterrei, in altre parole, che nel passo ciascuno dei due termini sia caratterizzato da un attributo esplicito — la qualità di 'irresistibile' per la *vis*, e di 'interni' per i *vitia* — e da un attributo implicito — risultante, per l'uno, dal concetto stesso di *vis* (che, almeno per come è disegnata da Servio-Alfeno[108], è sempre *extraria*), per l'altro, dall'opposizione logica con il primo termine.

In realtà, posto che in concreto un evento dannoso grave e 'irresistibile' non potrebbe mai essere considerato 'interno' all'attività agricola, ma ricadrebbe sempre nell'ipotesi della *vis*, e che, per converso, un evento esterno 'resistibile' dovrebbe invece essere fatto rientrare nei normali rischi sopportati dall'agricoltore, ossia nei *vitia ex ipsa re*, non deve stupire che Servio si sia preoccupato di esplicitare soltanto le caratteristiche della *vis* e dei *vitia* effettivamente rilevanti.

2.4. *La casistica della seconda parte del frammento* (sed et si labes ... ut frui possit).

Non mi pare, però, che il Sitzia e il Capogrossi Colognesi possano essere seguiti nel ritenere che l'intero responso, anche nell'ultima parte, debba essere letto attraverso la rigida applicazione dello sche-

---

[106] Per l'identificazione delle *raucae* e delle *herbae*, cfr. per tutti GLÜCK, *Pandecten*, cit., XVII, 450 ntt. 34-35 = *Pandette*, cit., XIX, 248 ntt. 34-35 (§ 1056).

[107] SITZIA, *'Periculum locatoris' e 'remissio mercedis'*, cit., 334 s. (seguito dal DE NEEVE, *Remissio mercedis*, cit., 310 nt. 48); CAPOGROSSI COLOGNESI, *Ai margini della proprietà fondiaria*[3], cit., 217 s.

[108] Cfr. *supra*, § 2.2.

ma 'esterno / irresistibile ~ interno / resistibile'[109]. Al contrario, l'argomentare di Servio sembra svilupparsi attraverso una serie di contrapposizioni guidate sì da una medesima logica — diciamo così — equitativa, ma non da un unico criterio distintivo: il giurista non propone una schematizzazione assoluta, ma 'relativa' al problema proposto e limitata ai profili effettivamente rilevanti.

Una rilettura complessiva del passo permetterà di comprendere meglio il discorso serviano.

Abbiamo visto come il responso esordisca indicando i casi di forza 'esterna ed irresistibile' posti a carico del locatore — dove i due termini servono a distinguere l'ipotesi qui rilevante da tutti quei casi in cui il comportamento violento è stato causato dal conduttore (o da una persona a lui riconducibile) direttamente o indirettamente (nel senso che egli poteva resistere alla *vis* esterna e non l'ha fatto). Le esemplificazioni fornite dal giurista riguardano la *vis fluminum, graculorum sturnorum* e l'*incursus hostium*.

Poi Servio richiama i casi di *damnum* provocati non da una *vis* esterna, ma da *vitia* interni all'attività di sfruttamento del terreno. Questi *vitia* — che naturalmente incidono sui frutti, ma che non sono vizi dei frutti, e pertanto possono prodursi in un momento sia successivo alla *perceptio* (il *vinum*), sia precedente (le *segetes*) — saranno normalmente resistibili (perché altrimenti, come si è detto, finirebbero per coincidere con la *vis cui resisti non potest*), e dunque in astratto addebitabili ad una *culpa* del colono; ma quest'ultimo rilievo è ininfluente per la soluzione della *quaestio*, che verisimilmente concerneva l'esperibilità dell'*actio conducti* (e non dell'*actio locati*), e dunque Servio non se ne occupa.

A questo punto, nella risposta originale di Servio, alla *distinctio* forse seguiva la soluzione della *quaestio*. Ma di essa nel frammento di Ulpiano non vi è traccia, e in fondo non è neanche necessario pensare che una soluzione esplicita vi dovesse essere: il responso in esame po-

[109] SITZIA, *'Periculum locatoris' e 'remissio mercedis'*, cit., 335 ss.; CAPOGROSSI COLOGNESI, *Ai margini della proprietà fondiaria*³, cit., 218 s. il quale, sulla scia delle ricerche del BETTI, *Istituzioni*, II. 1, cit., 426 s. (ma cfr. anche ID., *'Periculum'. Problemi del rischio contrattuale in diritto romano classico e giustinianeo*, in *Studi P. de Francisci*, I, Milano 1956, 192; ID., *Zum Problem der Gefahrtragung bei zweiseitig verpflichtenden Verträgen*, in «ZSS» 82 [1965] 19), legge tutti gli esempi secondo lo schema della 'normalità ~ eccezionalità' dell'evento (ma cfr. CAPOGROSSI COLOGNESI, *op. ult. cit.*, 226, dove il suddetto criterio sembra intrecciarsi con quello della 'esiguità ~ gravità'; su questi criteri cfr. *infra*, in testo).

trebbe appartenere a quella categoria — individuata dal Bretone — in cui la risposta del giurista consiste nell'enunciazione di una definizione o di una regola, e si esaurisce in questa, «perché la definizione o la regola chiude in sé il criterio risolutivo del problema specifico»[110].

Mi pare sia stata invece conservata — nelle diverse redazioni, pomponiana (?), ulpianea e giustinianea del passo — l'ultima parte del discorso serviano: la seconda porzione del frammento, infatti, sembra riprodurre perfettamente la tecnica serviana di individuare — nella prospettiva del *cavere* — piccole differenze tra ipotesi apparentemente simili, che tuttavia conducono ad esiti differenti dalla 'regola' inizialmente proposta[111].

Il discorso del giurista si snoda infatti attraverso una serie di opposizioni:

a) la prima opposizione, che opera sul piano dell'antitesi 'esterno ~ interno' è tra la categoria di *vitia ex ipsa re* e l'esempio della *labes* che abbia portato via *omnis fructus*. I *vitia*, in quanto 'interni' alla produzione, devono essere addossati al colono; ma non è così quando una frana del terreno[112] — fatto che potrebbe anche essere ritenuto 'interno'[113] — abbia portato via tutti i frutti,

---

[110] BRETONE, *Tecniche e ideologie²*, cit., 94.

[111] In questo senso cfr. ancora DAUBE, *Slightly Different*, cit., *passim*, spec. 1030 s., 1035, 1038 s.; cfr. anche, in una prospettiva più generale, BRETONE, *Tecniche e ideologie²*, cit., 96 s.

[112] Non sembra necessario pensare — con CUIACII *Observationes et emendationes*, XV. 28, in *Opera*, cit., III, 448. D; GOTHOFREDI *Corpus iuris civilis*, ad D. 19. 2. 15. 2, ed. cit., 283; POTHIER, *Pandectae Iustinianeae*, ad D. 19. 2, n. 51, ed. cit., I, 542 nt. *o*; GLÜCK, *Pandecten*, cit., XVII, 450 s. nt. 36 = *Pandette*, cit., XIX, 249 nt. 36 (§ 1056), di recente seguiti (pur se dubitativamente) dal SITZIA, *'Periculum locatoris' e 'remissio mercedis'*, cit., 337 e nt. 14 e dall'ERNST, *Das Nutzungsrisiko bei der Pacht*, cit., 561 nt. 72 — ad un significato di *labes* come guasto nei frutti causata da vento e pioggia o da malattia delle sementi. Il termine è inteso nel senso di 'frana' anche in Bas. 20. 1. 15. 2 (SCHELTEMA, A. III, 986) e in sch. ἐμισθωσάμην (2) *ad loc.* (SCHELTEMA, B. III, 1180): ὄλισθος. Si noti che l'emendamento di *labes* in *tabes* — proposto da G. BUDAEI *Adnotationes in Pandectas*, ad D. 19. 2. 15. 2, in *Opera*, III, Basileae 1557, 236 s., in considerazione del fatto che *labes* andrebbe inteso come terremoto, di cui si parla più avanti, e che poco dopo si parla invece di *uredo* —, pur non avendo base alcuna nei manoscritti ed essendo stata criticata già da altri giuristi culti (cfr. CUIACII *Observationes et emendationes*, *loc. ult. cit.*), è stata talora accolta anche da autori moderni: cfr. per tutti J. P. MOLITOR, *Les obligations en droit romain*, II, Paris 1853, 203 (§ 573).

[113] Naturalmente, considerato in astratto: in concreto, la frana potrebbe anche provenire «da uno smottamento di terreno di vaste proporzioni prodottosi a monte e che determina un'ingente caduta di materiale verso valle» (così SITZIA, *'Periculum locatoris' e 'remissio mercedis'*, cit., 337); ma ai fini della soluzione serviana, l'ipotesi, costituendo comunque un caso di *vis cui resisti non potest*, non necessita di approfondimento.

perché non può accettarsi che il colono, dopo aver perduto le sementi, sia costretto anche a pagare la *merces*[114]. Qui sembra anticiparsi un profilo, quello della gravità del danno, che sarà meglio sviluppato alla fine del brano (*sub c*);

b) la seconda opposizione opera su un piano diverso[115], quello (introdotto per la prima volta nel responso[116]) della 'normalità ~ eccezionalità' dell'evento[117]. Si dice infatti che i danni provocati dall'*uredo* — malattia delle piante che oggi sappiamo essere provocata da funghi parassiti, ma che per i romani era causata dall'eccessivo freddo[118] — o da un *fervor solis* non consueto, ricadono sul *dominus*,

---

[114] Questa frase è da alcuni ritenuta un glossema: cfr., per tutti, MAYER-MALY, *Locatio conductio*, cit., 161 s.; ERNST, *Das Nutzungsrisiko bei der Pacht*, cit., 560 ss. In particolare, per quest'ultimo a., la frase sarebbe dovuta ad un intervento postclassico teso ad affermare un 'Billigkeitsgedanke' che però si porrebbe in contrasto con i principi esposti da Servio nella prima parte del testo: quando il '*ne supra damnum*-Argument' fosse in sé e per sé ammissibile, si dovrebbe concedere una *remissio mercedis* anche nell'ipotesi di *vitia ex ipsa re*. A mio avviso è possibile che il testo sia spurio, ma esso non si inserisce male nella logica della *deductio ex mercede*, e mi sembra contraddire la categoria dei *vitia ex ipsa re* solo se estrapolato dal suo contesto ed assolutizzato.

[115] A mio avviso in modo corretto, O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, II, Leipzig 1901, 641 poneva il *si nihil extra consuetudinem acciderit* a fianco del *si qua vitia ex ipsa re oriantur*, evidenziando implicitamente la duplicità di criteri.

[116] Ma che si inserisce nella logica argomentativa del passo, finalizzata al *cavere*, e dunque non deve essere necessariamente visto come il «superamento» del criterio serviano da parte di un giurista posteriore (così invece CARDILLI, *Praestare*, cit., 255 s.).

[117] Per l'ALZON, *Les risques dans la 'locatio conductio'*, cit., 316 nt. 21, l'attribuzione del *damnum* al *locator* sarebbe determinato anche in questo caso dalla gravità delle perdite sofferte dal raccolto (per questo criterio cfr. *infra, sub c*); ma, pur senza escludere una sfumatura di questo genere, mi sembra che la terminologia del passo indirizzi maggiormente verso una contrapposizione tra 'consueto' e 'inconsueto'.

[118] Questo tipo di malattia, ci informa Plin. *nat. hist.* 18. 68. 3 (275), era da alcuni attribuito all'eccessivo calore del sole, ma a suo avviso derivava piuttosto dal freddo eccessivo (cfr., al riguardo, ampiamente, BUDAEI *Adnotationes in Pandectas*, ad D. 19. 2. 15. 2, in *Opera*, cit., III, 237 ss.). Posto che nel passo il rinvio all'*uredo* è opposto al *fervor solis*, potremmo pensare che Servio aderisse alla prospettiva di Plinio, accolta anche da Columella (*re rust.* 3. 20. 1). A questa stessa credenza deve forse essere attribuita la spiegazione di ACCURSIUS, gl. *sed et si uredo* ad D. 19. 2. 15. 2: «ventus urens fructus», che sembra ripetere fedelmente la spiegazione offerta nei *Glossaria Amploniana* (CGL, V, 399. 8), giunti in un manoscritto del sec. IX: *urido urens ventus* (cfr. anche la diversa spiegazione delle *Glossae nominum* del *codex Cantabrigensis* [sec. XII], in CGL, II, 597. 58]: *ureido. calor ignis vel vermis lignorum*). Ma su questa linea si pongono anche l'interpretazione di GLÜCK, *Pandecten*, cit., XVII, 451 nt. 36 = *Pandette*, cit., XIX, 249 nt. 36 (§ 1056): «Frost» (seguito dal MASI, *Remissione della mercede*, cit., 276 e nt. 19: «gelate»); KASER, *Periculum locatoris*, cit., 173: «Nachtfrost, Reif»; MOLNÁR, *Verantwortung und Gefahrtragung*, cit., 668: «Frost»; ERNST, *Das Nutzungsrisiko bei der Pacht*, cit., 564 (cfr. anche 563 nt. 80): «Frost». Esatta è dunque la traduzione di Bas. 20. 1. 15. 2 (SCHELTEMA, A. III, 986) e sch. ἐμισθωσάμην (2) ad loc. (SCHELTEMA, B. III, 1180) (ἐρυσίβη), nonché le interpretazioni

e che invece il danno non imputabile a nessun evento eccezionale (*nihil extra consuetudinem*) ricade sul *colonus*[119]. Qui, probabilmente, la novità rispetto alla regola iniziale è rappresentata dall'addossare al colono tutti quei danni, eventualmente anche 'esterni', che non vanno oltre la normalità; e tuttavia, nella ricordata prospettiva del *cavere*, verisimilmente non si tratta di novità assolute, bensì di ulteriori chiarimenti circa la potenzialità semantica del concetto di *vis*[120];

c) nello stesso senso credo debba essere letta la terza opposizione, che si fonda sul criterio della 'esiguità ~ gravità' del *damnum* (opposizione nuova rispetto alla *distinctio*, ma che appare riferibile a Servio anche in considerazione della presenza di criteri simili in altri responsi serviani[121]): alla fattispecie del danno arrecato dall'*exercitus* che, passando per il terreno, *per lasciviam* sottragga *aliquid* al colono, viene contrapposto il terremoto che sconquassi il fondo al punto da annullarlo completamente. Entrambi gli eventi sono 'esterni'[122], ma nel primo caso il danno viene comunque addebitato al colono (*idemque dicendum ...*)[123] per la sua esiguità[124], mentre nel se-

---

di ALZON, *Les risques dans la 'locatio conductio'*, cit., 314 nt. 14 («charbon»); O. ROBINSON, *'Casus' in the Digest*, in «AJ» 1977 (*Essays B. Beinart*), 337 («blighted»). Appare invece ingiustificata la resa del WESTPHAL, *Kauf, Pacht, Mieth- und Erzinskontract*, cit., 596 («Brand, Lohe») e dell'ANKUM, *Remissio mercedis*, cit., 224 («un incendie»). Pensa ugualmente ad una malattia, ma causata da una pianta velenosa (il gettaione), CANNATA, *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano*, cit., 87 s.

[119] Anche questa frase sarebbe per alcuni interpolata: cfr. per tutti MAYER-MALY, *Locatio conductio*, cit., 161 s.; ERNST, *Das Nutzungsrisiko bei der Pacht*, cit., 563 s.

[120] D'altra parte, questa sfumatura della *vis* si ritrova anche in Lab. 4 *post. a Iav. epit.* D. 18. 1. 78. 3, sul cui rapporto con D. 19. 2. 15. 2 basti rinviare, adesivamente, a CARDILLI, *Praestare*, cit., 333 s.

[121] Cfr. Alf. 2 *dig.* D. 19. 2. 27 pr. (su cui *infra*, § 2.5) nell'interpretazione del DE NEEVE, *Remissio mercedis*, cit., 320.

[122] Particolarmente nella teoria aristotelica dei terremoti, che li voleva causati da agenti atmosferici sotterranei (cfr. Arist. *meteorol.* 2. 8 [365*b* ss. 21 ss.]), e che era stata sostanzialmente recepita dalla scienza romana (cfr. per tutti Sen. phil. *quaest. nat.* 6. 1. 1, spec. 6. 5. 1 ss.; su tutto ciò cfr. W. CAPELLE, *Erdbebenforschung*, in «RE» Suppl. IV, Stuttgart 1924, 344 ss., spec. 367 ss.), il *terrae motus* doveva essere rappresentato come *vis* 'esterna' al terreno: cfr., oltre al passo serviano qui discusso, anche Lab. *ad ed.* fr. 190 LENEL = Ulp. 81 *ad ed.* D. 39. 2. 24. 3-4; Sab. fr. 96 LENEL = Iav. 5 *ex post. Lab.* D. 19. 2. 59 (cfr. anche Paul. 49 *ad ed.* D. 39. 3. 2. 6 e Marcian. 3 *inst.* D. 50. 12. 4).

[123] Questo esempio è attribuito al *damnum coloni* dalla dottrina più recente: cfr. G. LONGO, *Disciplina giustinianea della 'locatio conductio'*, cit., 553 (che però giudica la frase interpolata); ALZON, *Les risques dans la 'locatio conductio'*, cit., 317 nt. 21; MASI, *Remissione della mercede*, cit., 276 s.; SITZIA, *'Periculum locatoris' e 'remissio mercedis'*, cit., 338 s.; FRIER, *Tenant's Liability*, cit., 237; ID., *Landlords and Tenants*, cit., 97 nt. 102; CAPOGROSSI COLOGNESI, *Ai margini della proprietà fondiaria*[3], cit., 219; CARDILLI, *Prae-*

condo esso resta a carico del locatore perché il fondo ne è tanto sconvolto da non consentire in alcun modo un *frui*[125].

Insomma: anche in questo responso, come di consueto, Servio ha proposto una regola utile alla soluzione della *quaestio*, ma facendole immediatamente seguire una serie di correttivi che la ridimensionano e la rendono maggiormente flessibile rispetto alla molteplicità dei possibili casi concreti. Ritenendo troppo rigida la distinzione tra danni 'esterni / irresistibili ~ interni / resistibili', egli le ha affiancato altri princìpi — della 'normalità ~ eccezionalità' ed 'esiguità ~ gravità' del danno — che disegnano un ventaglio di soluzioni molto più ampio dell'originario ambito della *quaestio.*

2.5. *Il problema della* remissio mercedis *in altri responsi serviani.*

È stato da tempo sottolineato il rilevo di D. 19. 2. 15. 2 nella problematica connessa alla *remissio mercedis*[126]: quando il godimento

---

stare, cit., 256; CANNATA, *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano*, cit., 88. L'aver cercato un criterio unitario ed assorbente per tutti gli esempi mi sembra invece sia stata la causa principale dell'attribuzione al *damnum domini* anche di questo esempio: cfr. WESTPHAL, *Kauf, Pacht, Mieth- und Erzinskontract*, cit., 596; Th. MAYER-MALY, *Haftung aus Miete nach Staatsunrecht*, in «ZSS» 74 (1957) 368 s. (che pensa ad un'interpolazione di *si vero — coloni esse*); SEAGER, *Of Vis and Weeds*, cit., 333; ANKUM, *Remissio mercedis*, cit., 224; ROBINSON, *'Casus' in the Digest*, cit., 337.

[124] Il FRIER, *Tenant's Liability*, cit., 237, sulla base del raffronto con Lab. fr. 294 LENEL = Ulp. 32 *ad ed.* D. 19. 2. 13. 7, sembra ritenere che anche nel passo qui discusso il *damnum* sia addebitato al conduttore in considerazione della sua resistibilità; ma nello stesso passo di Labeone questa non è data per certa, bensì solo come eventuale (ovviamente: non è possibile valutare in astratto).

[125] In una prospettiva non dissimile — anche se sembra farvi rientrare anche l'opposizione *sub b*), e comunque all'interno di una concezione dei *vitia ex ipsa re*, come vizi della cosa locata, che non mi sento di accogliere — mi sembra si muova l'ANKUM, *Remissio mercedis*, cit., 225.

[126] Com'è noto, muovendo dalle ricerche del MAYER-MALY, *Locatio conductio*, cit., 140 ss. (cfr. anche KASER, *Periculum locatoris*, cit., 170 ss.; ID., *Das römische Privatrecht*, cit., I², 566 ss.; ANKUM, *Remissio mercedis*, cit., 219 ss.), parte della dottrina ha sostenuto la necessità di distinguere tra un regime più antico di *deductio ex mercede*, ed uno posteriore, di età imperiale, di *remissio mercedis*. Contro questa impostazione cfr. THOMAS, *Remissio mercedis*, cit., 1271 ss.; MASI, *Remissione della mercede*, cit., 273 ss.; SITZIA, *'Periculum locatoris' e 'remissio mercedis'*, cit., 331 ss.; DE NEEVE, *Remissio mercedis*, cit., 307 ss.; L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Grandi proprietari, contadini e coloni nell'Italia romana*, in A. GIARDINA (a cura di), *Società romana e impero tardo antico*, Bari 1986, 336 s. e nt. 25 (cfr. anche ID., *Ai margini della proprietà fondiaria*³, cit., 183 s., 207 ss.). In realtà la terminologia non è in nessuno dei due casi vincolante: quando si guardi alla diminuzione della mercede dal punto di vista del conduttore (come nel passo in esame) si parla di *deductio ex*

della *res* viene diminuito da un evento non imputabile al conduttore, questi viene proporzionalmente esonerato dal pagamento della *merces*.

In questa prospettiva, il passo, da un lato, si lega ad altri, meno complessi, responsi serviani, nei quali vengono seguiti i medesimi criteri da esso risultanti. Dall'altro, si distingue da un'altra serie di frammenti in cui viene posta l'alternativa tra la *remissio mercedis* e il risarcimento dell'*id quod interest*, sulla scorta dell'imputabilità o meno al locatore del mancato godimento della *res*.

Alla prima serie possiamo riferire tre *responsa* riportati nei *digesta* di Alfeno. In essi il principio della sopportazione, da parte del conduttore, degli *incommoda* che non siano eccessivamente gravosi e che rientrino nella normale vicenda contrattuale, è dato per presupposto. Così come è indiscusso l'obbligo del locatore di ridurre la mercede in proporzione al mancato godimento della *res*.

Alf. 2 *dig.* D. 19. 2. 27 pr. e Alf. 3 *dig. a Paulo epit.* D. 19. 2. 30. 1 non pongono particolari problemi di interpretazione. Il primo[127] fornisce

---

mercede; quando invece ci si mette nella posizione del locatore, si parla di *remissio mercedis*. È secondo questa logica che le espressioni saranno nel prosieguo utilizzate.

[127] Alf. 2 *dig.* D. 19. 2. 27 pr.: *habitatores non, si paulo minus commode aliqua parte caenaculi uterentur, statim deductionem ex mercede facere oportet: ea enim condicione habitatorem esse, ut, si quid transversarium incidisset, quamobrem dominum aliquid demoliri oporteret, aliquam partem parvulam incommodi sustineret: non ita tamen, ut eam partem caenaculi dominus aperuisset, in quam magnam partem usus habitator haberet.* Il passo è stato sospettato, soprattutto in passato, di interpolazioni. E. ALBERTARIO, *Le valutazioni quantitative nel diritto giustinianeo e nelle legislazioni moderne*, in «Riv. Dir. Comm.» (1922) I = *Studi di diritto romano*, V, Milano 1937, 300 e nt. 3, restituiva così il testo: *habitatores si aliqua parte caenaculi* <*non*> *uterentur, deductionem ex mercede facere oportet,* <*veluti*> *si quid transversarium incidisset, quamobrem dominum aliquid demoliri oporteret*; ma come si vede, in questo modo si perdono tutte le sfumature ('esiguità ~ gravità' del danno) emerse anche in D. 19. 2. 15. 2, e il pensiero serviano viene capovolto. Di quest'ultimo è tutto sommato maggiormente rispettosa la ricostruzione di G. LONGO, *Sul regime delle obbligazioni corrispettive nella 'locatio-conductio rei'*, cit., 527 s.; ID., *Disciplina giustinianea della 'locatio conductio'*, cit., 567 s., e del MAYER-MALY, *Locatio conductio*, cit., 154 (*habitatores si aliqua parte caenaculi uterentur deductionem ex mercede facere* <*non*> *oportere*), ma non c'è motivo di limitare in questo modo il responso, soprattutto quando abbiamo altre testimonianze dell'attenzione di Servio-Alfeno ai diversi possibili 'scenari'. Per inciso, come notava il WATSON, *The Law of Obligations*, cit., 115 s., il termine *parvula*, presente nella parte del frammento ritenuta interpolata, e attaccato soprattutto da G. VON BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, in «ZSS» 66 (1948) 345 (cfr. anche ID., *Unklassische Wörter*, in «ZSS» 57 [1937] 10, in cui ipotizza l'interpolazione di *commode*), è invece caratteristico della tendenza di Alfeno ai diminutivi. Ed ugualmente alfeniano e serviano è l'uso di *quamobrem* (cfr. ad es. Alf. 2 *dig.* D. 18. 6. 12; Serv. *dot.* fr. 3 LENEL = Gell. 4. 4, su cui FERRINI, *Alfeno Varo*, cit., 177 s.). In ogni

l'occasione di notare ancora una volta la stretta corrispondenza tra *merces* e *uti frui*, e l'incidenza del criterio 'esiguità ~ gratuità': Servio[128] rileva come gli *habitatores* di *caenacula* non possano *statim* pretendere una *deductio ex mercede* ogniqualvolta vi sia una qualche diminuzione nell'*uti*, ma solo quando — accaduto un evento[129] che abbia costretto il *dominus* a compiere dei lavori — l'*incommodum* derivato al conduttore non sia esiguo, bensì abbia ridotto notevolmente l'*usus* del *caenaculum*. Del secondo testo[130], il profilo più interessante è costituito dal rapporto proporzionale tra pagamento della *merces* e tempo di non-uso, che non appare negli altri responsi serviani[131]: un edile ha preso in conduzione dei *balnea* affinché i cittadini potessero lavarsi gratuitamente, ma tre mesi dopo i bagni vengono distrutti da un incendio; secondo il giurista[132] può agirsi *ex conducto* contro il locatore affinché restituisca la por-

---

caso, se anche non si volesse negare del tutto la possibilità di rimaneggiamenti, è comunque preferibile ritenere che almeno la sostanza del passo sia riferibile a Servio-Alfeno (così KASER, *Periculum locatoris*, cit., 183 nt. 115; WATSON, *The Law of Obligations*, cit., 115 s.).

[128] Il responso è riferibile a Servio sulla base dell'*iterum interrogatus est* del seguente § 1 (cfr. sch. ἐὰν [2] ad Bas. 20. 1. 27 [SCHELTEMA, B. III, 1193]; sulla conoscenza delle opere di Servio da parte dei giuristi bizantini cfr., in generale, SCHULZ, *Geschichte*², cit., 255 s. nt. 4 = *Storia*, cit., 367 nt. 2).

[129] La lezione della *littera Florentina*, accolta dal MOMMSEN (ed.), *Digesta Iustiniani Augusti* (ed. mai.), cit., I, 566, ha *si quid transversarium incidisset*, allude cioè al caso di un trave che sia caduto nel *caenaculum*. E tuttavia, a questa lezione potrebbe essere preferita quella della *littera Bononiensis* (P^a: *adversarum transincidisset*; V^a: *adversarium transcendisset*; P^b V^b U: *adversarium incidisset*), che si accorda meglio con lo sch. οὐ δεῖ (1) ad Bas. 20. 1. 27 (SCHELTEMA, B. III, 1193: ἐὰν τι ἐναντίον ἐμπέσοι) e che ha portato Accursio a glossare «adversarium .i. casum fortuitum, vel aliud novum emergens» (ACCURSIUS, gl. *adversarium* ad D. 19. 2. 27 pr.). Mentre la prima lezione potrebbe far pensare ad un valore pratico del responso (nel senso che l'esempio del trave potrebbe non essere casuale, ma aver originato la *quaestio*), la seconda, per la sua valenza più generale potrebbe far pensare ad un *interrogare* (del § 1) più scolastico (come riteneva FERRINI, *Alfeno Varo*, cit., 172; sul problema, cfr. per tutti BRETONE, *Tecniche e ideologie*², cit., 92 nt. 3). Peraltro, a me sembra che, qualora si accogliesse questa seconda lezione — e tenendo conto anche del ricorrere, in Servio, di altre espressioni per indicare ciò che noi chiamiamo 'caso fortuito' o 'forza maggiore', come ad esempio *necessarium / necesse* in D. 19. 2. 30 pr. (su cui cfr. *infra*) — si dovrebbe forse ridimensionare il valore tecnico e l'ampiezza semantica tendenzialmente 'onnicomprensiva' della espressione *vis* (*maior, divina, cui resisti non potest*).

[130] Alf. 3 *dig. a Paulo epit.* D. 19. 2. 30. 1: *aedilis in municipio balneas conduxerat, ut eo anno municipes gratis lavarentur: post tres menses incendio facto respondit posse agi cum balneatore ex conducto, ut pro portione temporis, quo lavationem non praestitisset, pecuniae contributio fieret.*

[131] E che invece si ritrova in Ulp. 32 *ad ed.* D. 19. 2. 15. 7, su cui, in questa prospettiva, cfr. per tutti CAPOGROSSI COLOGNESI, *Ai margini della proprietà fondiaria*³, cit., 210 s.

[132] Che per il CAPOGROSSI COLOGNESI, *Ai margini della proprietà fondiaria*³, cit., 204, è Servio.

zione di mercede ricevuta[133] in proporzione al tempo in cui *lavationem non praestitisset.*

Più complesso è l'esame di Alf. 2 *dig.* D. 19. 2. 27. 1[134]. Qui il piano dell'argomentazione sembra divenire quello dell'effettivo ricorrere della *vis*, almeno sotto il profilo psicologico: Servio[135] afferma infatti che, se il conduttore sia andato via per timore di un *periculum*, egli non sarà tenuto a pagare la *merces*, ma solo quando il suo timore fosse in astratto giustificato (e ciò anche se il *periculum* in concreto non vi fosse); altrimenti, *si causa timoris iusta non fuisset*, egli sarà tenuto.

Parte della dottrina ha sostenuto che tutto il problema della distinzione tra «causa obbiettiva di timore, causa supposta, causa qualificabile come *iusta*»[136], sia compilatorio; e, di conseguenza, che Servio escludesse senz'altro, e al di là di ogni distinzione, il pagamento della *merces*[137]. Tuttavia, al di là di altre considerazioni[138], la genuinità delle varie differenziazioni mi sembra

---

[133] Così sembra doversi interpretare l'espressione *ut ... pecuniae contributio fieret*: cfr. per tutti, per l'interpretazione orientale, Bas. 20. 1. 30. 1 (SCHELTEMA, A. III, 991); sch. οἷον (3) e Κυρίλλου. εἰ μισθώσομαι (4) ad loc. (SCHELTEMA, B. III, 1195); per quella occidentale, gl. *contributio* ad loc. (che rende con «compensatio»); GLÜCK, *Pandecten*, cit., XVII, 445 nt. 27 = *Pandette*, cit., XIX, 238 nt. 27 (§ 1056); fra gli studiosi contemporanei, CAPOGROSSI COLOGNESI, *Ai margini della proprietà fondiaria*[3], cit., 204.

[134] Alf. 2 *dig.* D. 19. 2. 27. 1: *iterum interrogatus est, si quis timoris causa emigrasset, deberet mercedem necne. respondit, si causa fuisset, cur periculum timeret, quamvis periculum vere non fuisset, tamen non debere mercedem: sed si causa timoris iusta non fuisset, nihilo minus debere.*

[135] Per l'attribuzione a Servio, cfr. il già ricordato sch. ἐὰν (2) ad Bas. 20. 1. 27 (SCHELTEMA, B. III, 1193). Sulla conoscenza delle opere di Servio da parte degli *antecessores* cfr. ancora SCHULZ, *Geschichte*[2], cit., 255 s. nt. 4 = *Storia*, cit., 367 nt. 2, e, rispetto al passo in esame, S. TAFARO, *'Causa timoris' e 'migratio inquilinorum' in un responso serviano*, in «Index» 5 (1974-1975) 51 e 62 nt. 11

[136] Le tre ipotesi sono così descritte da G. LONGO, *Sul regime delle obbligazioni corrispettive nella 'locatio-conductio rei'*, cit., 533.

[137] Con la conseguente interpolazione delle frasi *si causa fuisset — tamen*, e *sed si — debere*: cfr. G. LONGO, *Sul regime delle obbligazioni corrispettive nella 'locatio-conductio rei'*, cit., 533; MAYER-MALY, *Locatio conductio*, cit., 217. Cfr. anche MOLNÁR, *Verantwortung und Gefahrtragung*, cit., 665.

[138] La prospettiva degli autori citati alla nt. prec. è stata già parzialmente criticata dal TAFARO, *'Causa timoris' e 'migratio inquilinorum'*, cit., 52 ss., il quale ha rilevato come già in Cassio e Aristone il *detrimentum* provocato al *dominus* dalla *emigratio inquilinorum* fosse ritenuto risarcibile quando quest'ultima fosse stata causata da un *iustus metus* (cfr. Cass. fr. 96 LENEL e Arist. fr. 60 LENEL = Ulp. 81 *ad ed.* D. 19. 2. 28). Ma neanche per questo studioso la distinzione sarebbe serviana: essa, piuttosto, sarebbe stata introdotta dall'anonimo epitomatore dei *digesta* di Alfeno, in un'epoca compresa tra il regno di Adriano e quello di Settimio Severo, per adeguare la regola serviana alle visuali del suo tempo (TAFARO, *op. ult. cit.*, 53 ss.). Occorre però ricordare che esistono anche elementi che inducono a riportare la distinzione già al giurista repubblicano. Innanzitutto, è generalmente riconosciuta una notevole aderenza dell'epitomatore anonimo al dettato alfeniano (cfr. già FERRINI, *Alfeno Varo*, cit., 170 s.). In secondo luogo, l'uso dell'espressione *iusta causa* da parte di Servio è testimoniato da fonti estranee alla compilazione giustinianea,

suggerita soprattutto dal legarsi della logica del responso, così come ci è pervenuto, alle *distinctiones* risultanti da altri passi[139]: in D. 19. 2. 27. 1, come altrove, Servio intende infatti distinguere tra comportamenti necessitati e non; e allora differenzia l'ipotesi in cui il timore fosse effettivamente giustificato (anche se non obiettivamente esistente) da quella in cui neanche a livello psicologico vi fosse alcuna ragionevole coazione alla *emigratio*[140]. Non solo, ma il criterio della 'ragionevolezza' del *timor*, da un lato, si colloca sullo stesso piano della *vis cui resisti non potest*, nel senso che sono posti a carico del locatore solo gli eventi obiettivamente 'irresistibili'. Dall'altro consente anche di superare «il fatto piattamente 'oggettivo' dell'evento dannoso effettivamente verificatosi»: l'andamento del responso induce infatti a ritenere — con il Capogrossi Colognesi — che Servio sia stato interrogato rispetto ad una fattispecie nella quale l'evento dannoso non si era verificato[141]. La *vis* (di un *incursus hostium*?[142]), anche se oggettivamente non esistente ma soggettivamen-

come in Serv. *dot.* fr. 3 LENEL = Gell. 4. 4. Infine, Stefano — che verisimilmente aveva dinanzi la copia dell'epitome anonima (cfr. *supra*, nt. 135) — nello sch. ἐὰν (2) ad Bas. 20. 1. 27 (SCHELTEMA, B. III, 1193), esemplifica la *iusta causa timoris* con l'ipotesi dell'annuncio, da parte di un *vir bonae existimationis* (εὐυπόληπτος), di un *incursus hostium*: οἷον ἀνήρ τις τῶν εὐυπολήπτων καὶ πιθανῶν εὐλόγως ἀπήγγειλεν ἔφοδον ἔσεσθαι τῷ οἴκῳ· ἢ καὶ ἀπό τινων ἐχθρῶν τῷ δεσπότῃ ἐπιβουλήν. εἰ δὲ εὔλογος οὐχ ὑπῆν αἰτία φοβεῖν δυναμένη, τυχὸν ἐξ ἐνυπνίων ἢ φήμης οὐ πιθανῆς τὸν οἶκον κατέλιπεν, ἀπαιτηθήσεται τὸ μίσθωμα οὐδὲν ἧττον. Esempio, quest'ultimo, che non compare nella redazione giustinianea, ma che ben potrebbe essere attribuito a Servio perché, come si ricorderà, era uno dei casi di *vis cui resisti non potest* indicati in D. 19. 2. 15. 2. Peraltro, va rilevato che il termine εὐυπόληπτος — che ricorre anche in C. 1. 4. 26 pr. (a. 530) e in Nov. 128. 18 (a. 545) — potrebbe essere stato inserito da Stefano, ma non deve necessariamente essere letto nella prospettiva della distinzione *honestiores / humiliores* (così invece TAFARO, *op. ult. cit.*, 54): innanzitutto, lat. *honestior* è reso nei Basilici con ἔντιμος (Bas. 60. 25. 1. 3 [SCHELTEMA, A. VIII, 2921]; Bas. 60. 39. 3. 5 [SCHELTEMA, A. VIII, 3005]; sch. ἐπὶ δὲ [3] ad Bas. 60. 51. 26 [SCHELTEMA, B. IX, 3891]), τιμιώτερος (Bas. 60. 28. 1. 1 [SCHELTEMA, A. VIII, 2929]), o τίμιος (Bas. 60. 51. 35. 3 [SCHELTEMA, A. VIII, 3081 s.]); in secondo luogo, il valore di nozioni come *existimatio, fama, honos, honestas, dignitas*, ecc. è noto già per l'età repubblicana (cfr. per tutti J. HELLEGOUARC'H, *Le vocabulaire latin des relations et des partis politiques sous la république*², Paris 1972, 362 ss.) e, anzi, costituisce probabilmente la premessa per la distinzione *honestiores / humiliores* (mi sia permesso di rinviare a R. FIORI, *Materfamilias*, in «BIDR» 96-97 [1993-94] 480).

[139] Così WATSON, *The Law of Obligations*, cit., 116; FRIER, *Tenant's Liability*, cit., 236 nt. 12; CAPOGROSSI COLOGNESI, *Ai margini della proprietà fondiaria*³, cit., 192 ss.

[140] Così, esattamente, CAPOGROSSI COLOGNESI, *Ai margini della proprietà fondiaria*³, cit., 193 s.

[141] CAPOGROSSI COLOGNESI, *Ai margini della proprietà fondiaria*³, cit., 194.

[142] Non mi sembra comunque giustificata l'ipotesi del MOLNÁR, *Le cause di estinzione del contratto*, cit., 303, secondo il quale la causa della paura sarebbe «l'edificio pericolante».

te percepita (purché secondo ragionevolezza), consente dunque ancora una volta la *deductio ex mercede*[143].

Alla seconda serie di testi — in cui si discute, come si è detto, oltre che della *remissio mercedis*, anche dell'*id quod interest* — sono invece riferibili un frammento di Alfeno (che riporta una *distinctio* attribuibile senz'altro a Servio, sulla base di una testimonianza di Africano[144]) e un parere di Servio richiamato da Ulpiano.

Nel primo passo (Alf. 3 *dig. a Paulo epit.* D. 19. 2. 30 pr.)[145], si discute il caso di un tale che, avendo affittato un'*insula* per trenta, aveva rilocato i sin-

---

[143] Il principio emerge, indirettamente, anche dalla fattispecie di *emigratio inquilinorum* che, sullo sfondo, risulta da Alf. 2 *dig.* D. 39. 2. 43. 1 (da attribuire sostanzialmente a Servio, secondo DE SARLO, *Alfeno Varo*, cit., 67; F. HORAK, *'Rationes decidendi'. Entscheidungsbegründungen bei den älteren römischen Juristen bis Labeo*, Innsbrück 1969, 142; S. TAFARO, *Il giurista mediatore tra istanze sostanziali e schema processuale: l''actio ex cautione damni infecti'*, in «Index» 5 [1974-1975] 67 e 84 s. nt. 2; ID., *La interpretatio ai verba 'quanti ea res est' nella giurisprudenza romana. L'analisi di Ulpiano*, Napoli 1980, 37; J. M. RAINER, *Der paries communis im klassischen römischen Recht*, in «ZSS» 105 [1988] 506): un tale voleva edificare con il suo vicino un *paries communis*, e allora, prima di demolire il vecchio muro, i due si scambiano una *cautio damni infecti*. Distrutto il *paries*, gli inquilini del vicino vanno via senza pagare la *merces*: viene chiesto al giurista se il vicino possa chiedere *recte* all'altro il risarcimento del mancato guadagno. Il *responsum* di Servio, inizia — nella consueta prospettiva del *cavere*: cfr. DAUBE, *Slightly Different*, cit., 1043 s.; R. BACKHAUS, *Casus perplexus. Die Lösung in sich widersprüchlicher Rechtsfälle durch die klassische römische Jurisprudenz*, München 1981, 27 e nt. 34; nonché (sostanzialmente) HORAK, *op. ult. cit.*, 143; TAFARO, *op. ult. cit.*, 37 s. — con il notare che i vicini, nell'edificare il *paries communis*, non erano tenuti a prestare le reciproche *cautiones*; e che, qualora prestate, sarebbe stato sufficiente limitarle al pagamento della metà del danno derivato al condomino dal rifacimento: addirittura nei confronti di un qualsiasi terzo (*extrarius*), ciascuno di loro non era tenuto a vincolarsi in misura maggiore della metà. Ma nel caso di specie, poiché la *cautio* era stata prestata sul *totum*, era necessario risarcire al vicino tutto il *detrimentum* causatogli dal mancato pagamento della *merces*. Il testo è stato studiato soprattutto rispetto al profilo del *damnum infectum* (cfr. per tutti G. BRANCA, *Danno temuto e danno da cose inanimate*, Padova 1937, 79 ss., su cui G. GROSSO, in «SDHI» 4 [1938] 560; TAFARO, *op. ult. cit.*, 36 ss.; RAINER, *op. ult. cit.*, 506; ID., *Bau- und nachbarrechtliche Bestimmungen im klassischen römischen Recht*, Graz 1987, 123, 139, 148 nt. 12), ma a noi interessa soltanto sottolineare la sottintesa correlazione tra la privazione dell'*uti frui* per gli *habitatores* e il mancato pagamento della *merces*. Cfr. brevemente, in quest'ultima prospettiva, DE NEEVE, *Remissio mercedis*, cit., 307 e nt. 35; MOLNÁR, *Le cause di estinzione del contratto*, cit., 304.

[144] Cfr. Serv. fr. 29 LENEL = Afr. 8 *quaest.* D. 19. 2. 35 pr.: *et haec distinctio convenit illi, quae a Servio introducta et ab omnibus fere probata est, ut, si aversione insulam locatam dominus reficiendo, ne ea conductor frui possit, effecerit, animadvertatur, necessario necne id opus demolitus est ...*

[145] Alf. 3 *dig. a Paulo epit.* D. 19. 2. 30 pr.: *qui insulam triginta conduxerat, singula caenacula ita locavit* [Florentina: *conduxit*], *ut quadraginta ex omnibus colligerentur: dominus insulae, quia aedificia vitium facere diceret, demolierat eam: quaesitum est, quanti lis aestimari deberet, si is qui totam conduxerat ex conducto ageret. respondit, si vitiatum aedificium necessario demolitus esset, pro portione, quanti dominus praediorum locasset, quod eius*

goli *caenacula* in modo tale da ricavarne, nel complesso, quaranta[146]; il proprietario, asserendo che l'edificio[147] era rovinato, l'aveva però demolito, e allora viene chiesto al giurista quanto si dovesse stimare la lite, se l'affittuario avesse agito *ex conducto*. Servio risponde che: (1) se vi era necessità di demolire l'edificio danneggiato, la *litis aestimatio* deve essere computata sulla somma per la quale il *dominus* aveva locato l'*insula* al conduttore (e cioè su trenta), in quanto per questo periodo gli *habitatores* non hanno potuto *habitare*; (2) se invece non vi era necessità di demolire l'edificio, ma il *dominus* ha compiuto i lavori perché voleva costruire meglio, allora la condanna deve essere pari all'interesse del conduttore a che gli *habitatores* non se ne vadano (e cioè su quaranta)[148].

---

temporis habitatores habitare non potuissent, rationem duci et tanti litem aestimari: sin autem non fuisset necesse demoliri, sed quia melius aedificare vellet, id fecisset, quanti conductoris interesset [Florentina: *interesse*], *habitatores ne migrarent, tanti condemnari oportere.* Il passo, così riportato, richiede alcune precisazioni testuali. Innanzitutto, ho preferito adottare, rispetto alla lezione *conduxit* della *littera Florentina*, la lezione *locavit*, attestata nella *Bononiensis* ($P^bV^bU^b$), che si accorda con Bas. 20. 1. 30 pr. (SCHELTEMA, A. III, 991) (ἐμίσθωσα) e sch. ἐμίσθωσά σοι τὴν ἐμὴν (1) ad loc. (SCHELTEMA, B. III, 1194) (ἐμίσθωσας), e che è stata preferita anche da KASER, *Periculum locatoris*, cit., 157 e nt. 5; D. MEDICUS, *Id quod interest. Studien zum römischen Recht des Schadensersatzes*, Köln-Graz 1962, 46; BELOW, *Die Haftung für lucrum cessans*, cit., 107 nt. 9; J. DE CHURRUCA, *La pignoración tácita de los 'invecta et illata' en los arrendamientos urbanos en el derecho romano clásico*, in «RIDA» s. III, 24 (1977) 223 s. nt. 115. Inoltre, mi sembra preferibile la lezione della *littera Bononiensis* (PUV) anche rispetto ad *interesset*: cfr. MOMMSEN (ed.), *Digesta Iustiniani Augusti* (ed. mai.), cit., I, 567, e P. PESCANI, *Origine delle lezioni della litera Bononiensis superiori a quelle della litera Florentina*, in «BIDR» 85 (1982) 272.

[146] Sul meccanismo economico del rapporto, cfr. brevemente DE CHURRUCA, *La pignoración tácita de los 'invecta et illata'*, cit., 223.

[147] Il plurale *aedificia*, non coordinato con il successivo *eam* (sc. *insulam*) è forse un glossema (così KASER, *Periculum locatoris*, cit., 157 nt. 6, seguito dal BELOW, *Die Haftung für lucrum cessans*, cit., 107 nt. 9).

[148] Rispetto a problemi di genuinità, le critiche di E. ALBERTARIO, *Contributi alla critica del Digesto*, Pavia 1911 = *Studi di diritto romano*, VI, Milano 1953, 103, non appaiono definitive né sotto il profilo formale (per l'a., sarebbe indice di interpolazione il fatto che il verbo *demolire* è usato prima alla diatesi attiva, poi come deponente, e la seconda forma sarebbe compilatoria; tuttavia, anche se di sicuro l'uso attivo è forma più arcaica [cfr. Diom. *ars gramm.* in KEIL, *GrL*, I, 400; KALB, *Roms Juristen*[2], cit., 40], si noti che l'uso deponente si ritrova anche in Alf. 2 *dig.* D. 19. 2. 27 pr.: cfr. KALB, *loc. ult. cit.*); né sotto il profilo sostanziale: anche altri testi attribuiscono una simile distinzione già a Servio (cfr. *infra*). Peraltro, la medesima obiezione può formularsi alla ricostruzione di G. LONGO, *Disciplina giustinianea della locatio conductio*, cit., 547 ss. (per la 'Echtheit' si pronunciano anche G. VON BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, III, Tübingen 1913, 48, e MAYER-MALY, *Locatio conductio*, cit., 163 nt. 46). Tuttavia, è estremamente probabile che nel testo siano intervenuti errori di copiatura, e che a questi sia da attribuire la tortuosità del periodo *demolitus esset — aestimari*; fra le proposte di restituzione (cfr. anche KASER, *Periculum locatoris*, cit., 157 nt. 7: ... *demolitus esset, eius temporis rationem duci* <*oportere*>, *quo[d] habitatores habitare non potuissent, et pro portione* <*eius temporis*>, *quanti dominus [praediorum] locasset, tanti litem aestimari*), mi sembra

Il frammento è interessante sotto diversi profili. Innanzitutto, ancora a proposito della *remissio mercedis*. Da un lato, infatti, ritroviamo il rapporto proporzionale tra pagamento della *merces* e diminuzione (nel tempo) del godimento della *res*, diminuzione che viene esplicitamente presentata come causa[149] della *remissio*. Dall'altro, è interessante rilevare come, nella soluzione della *quaestio*, il comportamento necessitato del *dominus* venga sostanzialmente posto sullo stesso piano della *vis* 'esterna', ma terminologicamente non coincida (neanche nella parallela resa di Africano: *necessario*[150]) con essa[151]: il che, mi sembra, conferma che il concetto serviano di *vis* è riferibile, in senso stretto, unicamente alle ipotesi di 'forza esterna', distinte dalle ipotesi in cui l'attività è 'interna' al *dominus*, pur se resa necessaria da fattori a lui esterni. Ma il frammento introduce anche un nuovo tema di discussione, e cioè il caso di un mancato godimento della *res* determinato non da un evento irresistibile (identificabile o meno con una *vis* 'esterna'), bensì dal comportamento del locatore. In tale ipotesi, spiega Servio, il conduttore può chiedere il risarcimento dell'*id quod interest*[152]: il fatto che nella condanna si vada oltre il normale valore del rapporto intercorso tra le parti (ossia trenta) è infatti giustificato dalla proditorietà del comportamento del locatore, che priva il conduttore del suo guadagno senza alcuna necessità.

La stessa alternativa tra *remissio mercedis* e risarcimento dell'*id quod interest* risulta da un frammento di Servio (Serv. fr. 28 LENEL = Ulp. 32 *ad ed.* D. 19. 2. 19. 1)[153] nel quale ci si interroga in merito alla responsabilità del lo-

---

preferibile quella di J. MIQUEL, *Mechanische Fehler in der Überlieferung der Digesten*, in «ZSS» 80 (1963) 239, il quale ipotizza un omeoteleuto e una inversione dei termini, rendendo: ... *demolitus esset, pro portione, quanti dominus praediorum locasset, <et> [quod] eius temporis, <quod> habitatores habitare non potuissent, rationem duci et tanti litem aestimari.*

[149] Seguendo la proposta del MIQUEL, *Mechanische Fehler*, cit., 239: *<quod> habitatores habitare non potuissent* (cfr. *supra*, nt. prec.); ma anche, mantenendo il testo della *Florentina*: *quod eius temporis habitatores habitare non potuissent.*

[150] Afr. 8 *quaest.* D. 19. 2. 35 pr. (riportato *supra*, nt. 144)

[151] Così GIARO, *Excusatio necessitatis*, cit., 111 e 286 s. nt. 70. Il CAPOGROSSI COLOGNESI, *Ai margini della proprietà fondiaria*³, cit., 197 s. sembra propendere per la distinzione, mentre si rifanno senz'altro al concetto di *vis maior* l'ANKUM, *Remissio mercedis*, cit., 221, e il MOLNÁR, *Verantwortung und Gefahrtragung*, cit., 663.

[152] Anche se, come nota H. HONSELL, *Quod interest im bonae-fidei-iudicium*, München 1969, 120, i romani non conoscevano una alternativa tra interesse 'positivo' e interesse 'negativo', quanto piuttosto tra *id quod interest* e *deductio ex mercede*, è al riguardo dogmaticamente più corretto parlare (pur se, come si è detto, con terminologia e concettualizzazioni moderne) di interesse positivo (così, per tutti, MEDICUS, *Id quod interest*, cit., 46 s.; MIQUEL, *Periculum locatoris*, cit., 176; N. PALAZZOLO, *Evizione della cosa locata e responsabilità del locatore*, in «BIDR» 68 [1965] 303), piuttosto che di interesse negativo (MAYER-MALY, *Locatio conductio*, cit., 163).

[153] Serv. fr. 28 LENEL = Ulp. 32 *ad ed.* D. 19. 2. 19. 1: ... *aliter atque si saltum pascuum locasti, in quo herba mala nascebatur: hic enim si pecora vel demortua sunt vel etiam deteriora facta, quod interest praestabitur, si scisti, si ignorasti, pensionem non petes, et ita*

catore di un pascolo nel quale nasceva *herba mala*, qualora le pecore del conduttore siano morte o siano state deteriorate[154]. Nella soluzione, il giurista distingue ancora una volta due ipotesi[155]: se il locatore era a conoscenza del

---

Servio Labeoni Sabino placuit. Nella prima parte del frammento, si ricorda una differente soluzione di Cassio nell'ipotesi di locazione di *dolia vitiosa*, per la quale il locatore sarebbe sempre tenuto, anche se *ignorans*, all'*id quod interest*: *si quis dolia vitiosa ignarus locaverit, deinde vinum effluxerit, tenebitur in id quod interest nec ignorantia eius erit excusata: et ita Cassius* (fr. 58 LENEL) *scripsit*. Le spiegazioni proposte in dottrina circa la diversità di responsi sono state varie: prescindendo da proposte che non trovano alcun fondamento nel frammento (in VOETII *Commentarius ad Pandectas*, ad D. 19. 2, n. 14, ed. cit., 211 s., si immagina che il *locator* dei *dolia* ne fosse anche l'*artifex* e fosse perciò responsabile per i vizi dell'*opus*; KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, cit., II, 640, pensava invece che nel primo caso la responsabilità fosse fondata su una specifica *lex locationis* assente nel secondo), vi è stato chi ha proposto di sostituire *ignarus* con *sciens* (F. HAYMANN, *Die Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Kaufsache*, Berlin 1912, 101); chi ha pensato ad una distinzione tra 'Genusmiete' del primo caso, e 'Speziesmiete' del secondo (K. HELDRICH, *Das Verschulden beim Vertragsabschluß im klassischen römischen Recht und in der späteren Rechtsentwicklung*, Leipzig 1924, 21). Ma l'opinione più diffusa è quella che fu già della Glossa (gl. *in quo herba mala* ad D. 19. 2. 19. 1), e cioè che la distinzione derivi dalla diversa natura delle *res locatae*, in termini di conoscibilità o prevedibilità del vizio: cfr. C. LONGO, *La locatio-conductio*, cit., 188 s.; P. VOCI, *L'errore nel diritto romano*, Milano 1937, 251; G. LONGO, *Sul regime delle obbligazioni corrispettive nella 'locatio-conductio rei'*, cit., 543; ID., *Disciplina giustinianea della locatio-conductio*, cit., 559 (ma la distinzione sarebbe giustinianea); U. VON LÜBTOW, *Zur Frage der Sachmängelhaftung im römischen Recht*, in *Studi U. E. Paoli*, Firenze 1955, 491; NICOSIA, *La responsabilità del locatore*, cit., 417; P. STEIN, *Fault in the Formation of Contract in Roman Law and Scots Law*, Edinburgh - London 1958, 102 s.; U. ZILLETTI, *La dottrina dell'errore nella storia del diritto romano*, Milano 1961, 66 nt. 142; F. M. DE ROBERTIS, *La responsabilità contrattuale nel sistema della grande compilazione*, II, Bari 1982, 918 s.; ROBAYE, *Remarques sur le concept de faute*, cit., 350. Non costituisce una vera e propria spiegazione l'affermazione di G. PROVERA, *Contributi alla teoria dei iudicia contraria*, Torino 1951, 106 s. nt. 58, che «la locazione del *saltum pascuum* doveva apparire come figura caratteristica rale da richiedere una regolamentazione peculiare»; ed appare poco chiara la visuale del MAYER-MALY, *Locatio conductio*, cit., 170, per il quale la locazione del pascolo, a differenza di quella dei *dolia*, non costituirebbe un tipico 'Schadensfall'.

[154] L'interpolazione di *vel etiam deteriora facta* è stata sostenuta da F. DE MARTINO, *Vel etiam nelle fonti giuridiche romane*, in «Atti Acc. Napoli» 58 (1938) = *Scritti di diritto romano. II. Diritto privato e società romana*, Roma 1982, 401, in quanto il periodo sarebbe «troppo impreciso», ed è stata accolta da G. LONGO, *Sul regime delle obbligazioni corrispettive nella 'locatio-conductio rei'*, cit., 543 e nt. 26; ID., *Disciplina giustinianea della locatio-conductio*, cit., 560; MAYER-MALY, *Locatio conductio*, cit., 169 e nt. 73. Ma non si vede perché il giurista non dovesse tener conto anche dell'ipotesi di un danno alla capacità lavorativa o produttiva (così NICOSIA, *La responsabilità del locatore*, cit., 416 nt. 32).

[155] Una parte della dottrina ha ritenuto che la frase *si ignorasti, pensionem non petes* sia interpolata: cfr. HAYMANN, *Die Haftung des Verkäufers*, cit., 96; ID., *Über Haftung für custodia*, cit., 190 nt. 3; HELDRICH, *Das Verschulden beim Vertragsabschluß*, cit., 21; W. KUNKEL, *Diligentia*, in «ZSS» 45 (1925) 327 nt. 4; G. VON BESELER, *Et ideo — declarare — hic*, in «ZSS» 51 (1931) 70; cfr. ID., *Romanistische Studien*, in «ZSS» 50 (1930) 39 (su *aliter atque*); DE MARTINO, *Vel etiam*, cit., 401; G. LONGO, *Sul regime delle obbligazioni*

vizio, egli sarà tenuto per l'*id quod interest*[156]; altrimenti, dovrà sopportare solo il mancato pagamento della *merces*[157].

Tutto si incentra, come si vede, intorno al requisito della *scientia*, che assume rilievo in più sensi[158]. In primo luogo, in quanto permette di comprendere meglio il rapporto tra la soluzione serviana qui discussa e quella riportata, sempre da Ulpiano, in D. 19. 2. 15. 2, dove è il conduttore — e non, come qui, il locatore — ad essere responsabile per i *vitia*: tra i due passi non vi è alcuna contraddizione[159], perché in D. 19. 2. 15. 2 il *vitium* si è prodotto nell'ambito della attività agricola, ossia all'interno di un *uti frui* del conduttore, mentre in D. 19. 2. 19. 1 il *vitium* è precedente alla locazione (in questo senso è possibile che il locatore lo conoscesse) e, da un lato, rende impossibile l'*uti frui*, dall'altro provoca dei danni ulteriori al conduttore[160]. In secondo luogo, perché consente ancora una volta di distinguere le ipotesi in cui il locatore è tenuto all'*id quod interest* da quelle in cui si ha una mera *remissio mercedis* — ma sotto un diverso profilo. Questa volta, infatti, il *dam-*

---

corrispettive nella 'locatio-conductio rei', cit., 543; ID., *Disciplina giustinianea della locatio-conductio*, cit., 560; VON LÜBTOW, *Zur Frage der Sachmängelhaftung*, cit., 491 (è inaccettabile — perché giustificata unicamente dalle esigenze ricostruttive dell'a. — l'idea del PINNA PARPAGLIA, *Vitia ex ipsa re*, cit., 38, di una interpolazione di tutta la parte successiva a *nascebatur*, che avrebbe corrotto una stesura originaria in cui forse si attribuiva la responsabilità al conduttore [cfr. anche *ibid.*, nt. 127]; cfr., al riguardo, le osservazioni del VIGNERON, *La 'locatio conductio' secondo i romani*, cit., 363). Conseguentemente il locatore sarebbe in ogni caso responsabile per l'*id quod interest*. Ma queste posizioni sono ormai per lo più superate: cfr. per tutti NICOSIA, *La responsabilità del locatore*, cit., 419; STEIN, *Fault in the Formation of Contract*, cit., 101 s. Possiamo dunque senz'altro conservare il dettato del testo.

[156] Sulla cui entità (rispetto al passo), comunque superiore alla *merces*, cfr., variamente, MEDICUS, *Id quod interest*, cit., 155 s.; HONSELL, *Quod interest im bonae-fidei-iudicium*, cit., 135; TAFARO, *Quanti ea res est*, cit., 164.

[157] Oltre, eventualmente, il venir meno del rapporto (così B. W. FRIER, *Law, Economics and Disaster down the Farm: 'Remissio mercedis' Revisited*, in «BIDR» 92-93 [1989-1990] 249); ma ciò non risulta direttamente dal testo.

[158] Peraltro, il requisito della *scientia* sembra essere stato tenuto particolarmente presente da Labeone e Sabino: cfr., oltre al passo discusso in testo (Lab. fr. 294 LENEL, Sab. fr. 95 LENEL), anche Lab. fr. 294 LENEL e Sab. fr. 94 LENEL = Ulp. 32 *ad ed.* D. 19. 2. 13. 8.

[159] Come ha invece ritenuto il KASER, *Periculum locatoris*, cit., 164 ss., 176 s.

[160] Quanto detto in testo si accorda solo parzialmente con quanto affermato dal NICOSIA, *La responsabilità del locatore*, cit., 420 s., e dal SEAGER, *Of Vis and Weeds*, cit., 332 s., che distinguono tra vizi della *res* e vizi dei *fructus*; nonché con quanto sostenuto da MEDICUS, *Id quod interest*, cit., 155 nt. 2 (cfr. 45); WATSON, *The Law of Obligations*, cit., 113 s.; ALZON, *Les risques dans la 'locatio conductio'*, 316 nt. 20, che distinguono tra vizi nati prima o dopo il passaggio del fondo al conduttore. Concordo invece pienamente (così come nell'interpretazione dei *vitia ex ipsa re*) con la lettura del SITZIA, *'Periculum locatoris' e 'remissio mercedis'*, cit., 336 nt. 12: «in D. 19. 2. 19. 1 si ha un *vitium* della *res locata* ..., nel nostro caso (*sc.* in D. 19. 2. 15. 2), invece, il *vitium* si produce ... nell'ambito dell'attività agricola».

num praestare del locatore non è fondato sull'intervento di una *vis* esterna, come ad es. in D. 19. 2. 15. 2, bensì sul ricorrere di un *vitium* rispetto al quale il locatore è *ignorans*; e, tuttavia, l'assenza del requisito soggettivo della *scientia vitii* colloca il *damnum* su un piano, per così dire, più 'oggettivo', nel senso che il *vitium*, come la *vis*, diviene in qualche modo *extrarium* rispetto al *locator*, e l'*ignorantia* esonera il *dominus* dall'*id quod interest*. Ancora una volta, insomma, il divieto di *pensionem petere* deve essere imputato al mancato *uti frui*[161], ossia al venir meno del sinallagma, e non, invece, alla responsabilità per vizi della cosa[162], cui è da ricondurre il solo risarcimento dell'*id quod interest*.

Il complesso dei responsi serviani sinora esaminati disegna il seguente regime dei rapporti tra *locator* e *conductor*:

Ciascuna delle parti sopporta tutti gli eventi riconducibili al proprio comportamento o alla propria sfera economica:

a) il c o n d u t t o r e:

a_1) risponde per i danni causati alla *res locata* dal comportamento proprio[163] e di terzi che egli non abbia impedito potendolo fare[164] (e in quest'ultimo caso, egli è tenuto anche per la *vis* [*extraria*], perché resistibile);

a_2) sopporta i danni che, in quanto prevedibili o esigui, non abbiano impedito se non in minima parte l'attività di *uti frui* (*vitia ex ipsa re*) — nel senso che è tenuto a pagare la *merces*[165];

b) il l o c a t o r e:

b_1) risponde, nella misura dell'*id quod interest*, per i danni causati al conduttore dal comportamento proprio (diminuzione dell'*uti frui* non necessaria o danneggiamento causato da un *vitium rei* noto)[166];

b_2) sopporta i danni causati da eventi a lui non imputabili (*casus*, necessità, *vis* [esterna] irresistibile, *vitia rei* ignoti) che, per la loro imprevedibilità o gravità, abbiano addirittura impedito l'*uti frui* del conduttore — nel senso che gli eventuali danni alla *res locata* non so-

---

[161] Cfr., per tutti, KASER, *Periculum locatoris*, cit., 166.

[162] Così invece NICOSIA, *La responsabilità del locatore*, cit., 421 nt. 48; MOLNÁR, *Verantwortung und Gefahrtragung*, cit., 671; ID., *Subjekte der locatio conductio*, in *Studi C. Sanfilippo*, II, Milano, 1982, 161; K. LUIG, *Zur Vorgeschichte der verschuldensunabhängigen Haftung des Vermieters für anfängliche Mängel nach § 538 BGB*, in *Festschrift H. Hübner*, Berlin - New York 1984, 128 ss.; DE ROBERTIS, *La responsabilità contrattuale*, cit., II, 918; ROBAYE, *Remarques sur le concept de faute*, cit., 353.

[163] Cfr. D. 19. 2. 27. 1; D. 19. 2. 30. 4.

[164] Cfr. D. 19. 2. 29; D. 19. 2. 30. 2.

[165] Cfr. D. 19. 2. 15. 2; 27 pr.-1.

[166] Cfr. D. 19. 2. 19. 1; D. 19. 2. 30 pr.

no risarcibili dal conduttore[167], e nel senso che al locatore non è dovuta la *merces*[168].

2.6. *Profili di struttura della* locatio conductio *emergenti dall'esegesi di D. 19. 2. 15. 2.*

Ricostruito il tenore di D. 19. 2. 15. 2, ed esaminati brevemente i testi che ad esso si legano contenutisticamente, si pone il problema di ciò che dall'analisi sinora svolta possiamo trarre per la comprensione della struttura della *locatio conductio*.

A mio avviso, la logica della *distinctio* serviana deve essere ricercata nella stessa correlazione che sussiste tra evento dannoso e prestazioni delle parti.

Il locatore sopporta il *damnum* causato da una *vis cui resisti non potest* quando sia imprevedibile e grave, in quanto un simile *damnum* comporta un completo (o, almeno, un rilevante) venir meno dell'*uti frui* che egli deve *praestare* al conduttore. Quando infatti il locatore non è in condizioni neanche di mettere a disposizione del conduttore il terreno da coltivare, non può dirsi che egli abbia compiuto la sua prestazione. A ragione l'Ernst ritiene che la frase finale *oportere enim agrum praestari conductori, ut frui possit* costituisca «die authentische juristische Begründung für die Entscheidung des Servius»[169].

Al contrario, qualora il *damnum* sia tale da consentire comunque un *uti frui* del conduttore, nel senso che rientra nella normalità del rapporto e non è eccessivamente gravoso, esso viene sopportato dal conduttore: il *vitium*, infatti, è originato *ex ipsa re*, nell'ambito dell'attività di *uti frui*, e dunque può ritenersi che il locatore abbia adempiuto la propria prestazione[170].

In questo senso, mi sembra, deve essere letto il rapporto tra il *vim praestare* della prima parte del passo e il *frui praestare* dell'ultima frase e della premessa ulpianea in D. 19. 2. 15. 1[171].

---

[167] Cfr. D. 19. 2. 30. 4.

[168] Cfr. D. 19. 2. 15. 2; D. 19. 2. 27 pr.-1; D. 19. 2. 30. 1.

[169] ERNST, *Das Nutzungsrisiko bei der Pacht*, cit., 552.

[170] Cfr., per un approccio analogo, ERNST, *Das Nutzungsrisiko bei der Pacht*, cit., 558 s.

[171] E ciò prescindendo dai problemi dell'uso del verbo *praestare*, che non possono essere analizzati in questa sede: basti rinviare, per lo stato della dottrina e per una nuova e originale prospettiva, a CARDILLI, *Praestare*, cit., 236 ss. (cfr. anche ID., *L'obligation de praestare et la responsabilité contractuelle en droit romain*, in «RIDA» s. III, 43 [1996] 81 ss.).

E, tuttavia, nel passo — così come negli altri frammenti sopra brevemente analizzati (§ 2.5) — non si parla solo di *frui praestare* del locatore, bensì anche di *mercedem praestare* del conduttore: quando il locatore non possa prestare l'*uti frui*, viene meno anche l'obbligazione del conduttore di *praestare mercedem* (e ciò, naturalmente prescindendo dai casi di *culpa*, in cui è dovuto l'*id quod interest*). In questa ipotesi non si tratta semplicemente di escludere la responsabilità del conduttore per il mancato pagamento della *merces*; non è la rimessione di un alcunché di dovuto[172]: l'impossibilità della prestazione di una parte elimina in radice l'obbligazione dell'altra alla propria[173].

Il dato che ai nostri fini appare assumere un significato particolare è dunque quello della stretta interdipendenza tra il *praestare uti frui* del locatore e il *praestare mercedem* del conduttore.

Ma mi sembra importante sottolineare anche un altro profilo, emerso con chiarezza soprattutto nel corso dell'esegesi di D. 19. 2. 15. 2.

La *communis opinio doctorum* della dottrina intermedia ravvisava la *ratio* dell'attribuzione del danno ad una delle parti sulla base della regola '*casum sentit dominus*'[174]. Questa interpretazione è giunta, attraverso Pothier[175], al codice civile francese e a quello italiano del 1865[176] e trova ancora seguito in parte della dottrina romanistica[177].

---

[172] Così KASER, *Periculum locatoris*, cit., 169 ss. (cfr. anche MAYER-MALY, *Locatio conductio*, cit., 140 ss.).

[173] In questo senso BETTI, *Istituzioni*, II. 1, cit., 426.

[174] Cfr. per tutti WEGENS *De locatione et conductione tractatus*, VIII. 101, ed. cit., 389 s., con indicazioni della dottrina precedente, e GLÜCK, *Pandecten*, cit., XVII, 456 ss. = *Pandette*, cit., XIX, 258 ss. (§ 1056).

[175] POTHIER, *Pandectae Iustinianeae*, ad D. 19. 2, n. 51, ed. cit., I, 542 nt. *m*; ID., *Traité du contract de louage*, in *Oeuvres*, IV, Paris 1847, 57 s. (n. 155).

[176] Art. 1711 c.c. fr.; Art. 1619 c.c. it. (1865), su cui cfr. per tutti MOLITOR, *Les obligations en droit romain*, cit., II, 204 (§ 573); E. PACIFICI-MAZZONI, *Trattato delle locazioni*, in *Codice civile italiano commentato*, Modena 1869, 318 ss. (§ 255). Un'analisi della dottrina intermedia sulla *remissio mercedis* è in CAPOGROSSI COLOGNESI, *Ai margini della proprietà fondiaria*[3], cit., 247 ss.; cfr. anche, per l'assenza della regola della *remissio mercedis* nella prima redazione del BGB, ERNST, *Das Nutzungsrisiko bei der Pacht*, cit., 583 ss.; R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Cape Town - Wetton - Johannesburg 1990, 374.

[177] Cfr. per tutti ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, cit., 370. La medesima interpretazione si ritrova — tutto sommato — nella lettura dell'ERNST, *Das Nutzungsrisiko bei der Pacht*, cit., 545 ss. (cfr. anche 552 ss.), che parla di «eigentumsimmanente Gefahr», seguito dal CARDILLI, *Praestare*, cit., 250 s. (che parla di «pericolo del debitore-proprietario» [cfr. anche ID., *L'obligation de praestare*, cit., 109], pur essendo critico rispetto alla

Ma essa non mi sembra rispondere al pensiero di Servio. Per quest'ultimo, infatti, il discrimine non è costituito tanto dalla proprietà della *res* danneggiata, quando dalla titolarità della sfera economica entro cui ricade il *damnum*.

Per attribuire il *damnum* al locatore, Servio non indaga sull'oggetto della *vis*, se cioè essa si sia rivolta alla cosa (come l'*ager* distrutto da un *terrae motus*) o ai frutti (come i *fructus* distrutti dalla *labes*, dall'*uredo*, dall'eccessivo *fervor solis*), ma si concentra sul risultato della *vis* stessa, che è, in entrambi i casi, il medesimo, ossia il venir meno dell'*uti frui*. E, allo stesso modo, per attribuire il *damnum* al conduttore, il giurista non si chiede se il *vitium* si sia prodotto sulla *res* o sui frutti, né se questi ultimi siano entrati nella proprietà del conduttore (come il *vinum*) o meno (come, probabilmente, le *segetes*), ma presta attenzione agli effetti del *vitium* sul godimento della *res*.

Quel che rileva, per Servio, è che si sia realizzata un'attività di *uti frui* proporzionale alla *merces* pagata: è la corrispondenza tra queste due prestazioni a costituire il centro della sua riflessione sulla locazione di un fondo (o di un pascolo, o di un *balneum*).

3. UN'ANALOGIA TRA 'LOCARE FUNDUM FRUENDUM' E 'LOCARE OPERAS SERVI' (D. 40. 7. 14 PR.).

A questo punto appare interessante l'esame di un altro testo, tratto dall'epitome anonima dei *digesta* di Alfeno, che riporta un responso attribuibile — sulla scorta degli scoli ai Basilici — con sicurezza a Servio[178]:

> Alf. 4 *dig.* D. 40. 7. 14 pr.: servus, qui testamento domini, cum decem heredi dedisset, liber esse iussus erat, heredi mercedem referre pro operis suis solebat: cum ex mercede heres amplius decem recepis-

---

lettura della dottrina intermedia, e in particolare di Bartolo, *ibid.*, pp. 248 s.), e dal CAPOGROSSI COLOGNESI, *Ai margini della proprietà fondiaria*[3], cit., 214 e nt. 32.

[178] Cfr. sch. δοῦλος κελευσθεὶς (1) ad Bas. 48. 5. 15 (SCHELTEMA, B. VII, 2901): Σέρβιος ἀπεκρίνατο... Sulla base del semplice *respondit* attribuisce il passo a Servio l'AMIRANTE, *Ricerche*, cit., 104 e nt. 5; ma, come si è visto supra, § 1.2, questo indizio non è, da solo, sufficiente.

set, servus liberum esse aiebat[179]: de ea re consulebatur. respondit non videri liberum esse: non enim pro libertate, sed pro operis eam pecuniam dedisse nec magis ob eam rem liberum esse, quam si fundum a domino conduxisset et pro fructu fundi pecuniam dedisset.

Un *dominus* aveva disposto nel testamento che il proprio *servus* fosse libero quando avesse pagato dieci all'erede. Lo schiavo era solito *mercedem referre pro operis suis*; e poiché l'ammontare di questa *merces* aveva ormai superato i dieci, egli asseriva di essere libero. Servio viene interrogato sulla questione[180], e risponde che lo schiavo non può considerarsi libero: il *servus*, infatti, aveva corrisposto la *pecunia* non *pro libertate*, bensì *pro operis*; e dunque non era più libero che se avesse condotto un fondo del *dominus* e avesse pagato il danaro *pro fructu fundi*[181].

Nel passo, come si vede, vengono in rilievo tre rapporti.

a) Il primo non pone particolari problemi: lo schiavo, *statuliber*, deve versare dieci all'erede per acquistare la libertà.

b) Il secondo rapporto è meno agevolmente determinabile, perché non appare immediatamente chiara l'affermazione che lo schiavo *heredi mercedem referre pro operis suis solebat*. La frase, infatti, può essere intesa almeno in due sensi.

b_1) Innanzitutto, possiamo immaginare — con l'Amirante, il Buti e il Waldstein[182] — che la *merces* consegnata dal *servus* all'*heres* sia il ricavato di una locazione di *operae* stipulata con un terzo.

All'interno di questa ipotesi, un ulteriore problema è rappresentato — mi sembra — dal tipo di locazione eventualmente posto in essere. È possibile infatti pensare sia ad un rapporto costruito come *locare servum* (*locare operas servi*) a un terzo da parte del *dominus*, sia

---

[179] G. DONATUTI, *Lo statulibero*, Milano 1940, 260; HORAK, *Rationes decidendi*, cit., 264; W. WALDSTEIN, *Operae libertorum. Untersuchungen zur Dienstpflicht freigelassener Sklaven*, Stuttgart 1986, 117, propongono di leggere *servus liberum <se> esse aiebat.*

[180] Il *consulere* ha qui certamente valore pratico: cfr. BRETONE, *Tecniche e ideologie*[2], cit., 92 nt. 3.

[181] Il senso del passo mi sembra sia stato frainteso da A. POLAČEK, *Strukturalismus in der Rechtsgeschichte. Methode oder Illusion?*, in «Iura» 23 (1972) 44, per il quale lo schiavo avrebbe fornito all'*heres*, al posto del denato, dei 'Naturalien'; poiché il valore dei 'Naturalien' superava quello della somma indicata nel testamento, lo schiavo avrebbe preteso la liberazione; ma il giurista sarebbe stato contrario. Dal passo emergerebbe, inoltre, che all'epoca di Augusto uno schiavo poteva anche condurre un bene, e che la *merces* poteva essere in denaro o in natura.

[182] AMIRANTE, *Ricerche*, cit., 105; I. BUTI, *Studi sulla capacità patrimoniale dei 'servi'*, Napoli 1976, 16 nt. 8, 108 nt. 81; WALDSTEIN, *Operae libertorum*, cit., 118 s.

ad un *se locare* (*locare operas suas*) realizzato dallo stesso *servus*: entrambi gli assetti di interessi erano astrattamente possibili, e si ritrovano affiancati in un responso di Labeone[183].

Delle due soluzioni, la prima non è impedita dal fatto che la *merces* fosse messa dall'ipotetico *conductor* nelle mani dello schiavo: la pratica di dare la mercede al *servus* affinché venga consegnata al *dominus* è infatti attestata già in Plauto[184]. Ma per varie ragioni appare preferibile la seconda. Innanzitutto, il verbo *solebat*, con il quale si indica la prassi del *servus* di trasmettere la *merces* all'*heres*, pare alludere ad una facoltà dello schiavo, più che a un suo dovere[185] (quale invece sarebbe la dazione al *dominus*-locatore della *merces* ricevuta); cosicché si potrebbe anche pensare che lo schiavo, in astratto, potesse versare la somma nel suo *peculium*. In secondo luogo, il tenore della disposizione testamentaria lascia intendere che lo schiavo in questione disponeva, appunto, di un *peculium* e di una certa autonomia[186]. Più in generale, se si immaginasse il *servus* come semplice tramite fisico del pagamento della *merces* tra conduttore e *dominus*-locatore, la rilevanza della *quaestio* ne risulterebbe svilita e il *responsum* di Servio apparirebbe, in fondo, sovradimensionato rispetto alla banalità del problema giuridico.

---

[183] Cfr. Lab. 5 *post. a Iav. epit.* D. 19. 2. 60. 7. Assolutamente ingiustificati, rispetto alla parte che qui interessa, appaiono i dubbi di genuinità di SCHULZ, *Die Haftung für das Verschulden der Angestellten*, cit., 51; KUNKEL, *Diligentia*, cit., 329; G. VON BESELER, *Miszellen*, in «ZSS» 45 (1925) 440; MAYER-MALY, *Locatio conductio*, cit., 123, 160; KASER, *Periculum locatoris*, cit., 162 nt. 26 (toccano una parte che qui non interessa le perplessità dello STEIN, *Fault in the Formation of Contract*, cit., 106, su cui cfr., comunque, MACCORMACK, *Culpa in eligendo*, cit., 545 s. e nt. 54). Non c'è infatti ragione di pensare che un *servus* non potesse *se locare*: cfr. al riguardo Pap. 17 *quaest.* D. 33. 2. 2; Pap. 27 *quaest.* D. 45. 3. 18. 3; Paul. 3 *ad Sab.* D. 7. 1. 26; Ulp. 18 *ad Sab.* D. 7. 1. 25. 2; e, in dottrina, DE ROBERTIS, *I rapporti di lavoro*, cit., 141; R. MARTINI, *'Mercennarius'. Contributo allo studio dei rapporti di lavoro in diritto romano*, Milano 1958, 40; THOMAS, *Locatio and operae*, cit., 232; ID., *Actiones ex locato / conducto and Aquilian Liability*, cit., 129 s.; BUTI, *Studi sulla capacità patrimoniale dei 'servi'*, cit., 106 ss. Addirittura, era consentito al *servus* di locare un *servus vicarius*: cfr. Ulp. 29 *ad ed.* D. 14. 3. 11. 8; Iul. 11 *dig.* D. 14. 3. 12, su cui cfr. per tutti BUTI, *op. cit.*, 107 s.

[184] Cfr. Plaut. *asin.* 441-443: LE. *Dromo mercedem rettulit?* LI. *dimidio minus opinor.* / LE. *quid relicuum?* LI. *aibat reddere quod extemplo redditum esset; / nam retineri, ut quod sit sibi operis locatum efficeret*, su cui cfr. AMIRANTE, *Ricerche*, cit., 31.

[185] Nello sch. δοῦλος κελευσθείς (1) ad Bas. 48. 5. 15 (SCHELTEMA, B. VII, 2901), *solebat* viene reso con ἔθος ἔσχε.

[186] Così, ad esempio, intende il passo BUTI, *Studi sulla capacità patrimoniale dei 'servi'*, cit., 16 nt. 8, 108 nt. 81.

b_2) Un'altra possibile lettura del testo — che si trovava già in Francesco d'Accursio, ed in tempi più recenti è stata sostenuta dal Giliberti[187] — è che il *servus* desse all'*heres* una somma in cambio delle proprie *operae*, al fine di garantirsi una certa autonomia. Anche questa ipotesi, peraltro, può trovare appoggio in un frammento di Labeone (conservato da Gaio): *... servo ancillaeve pro opera mercedem imponi posse Labeoni placet*[188].

Le due ipotesi sono — mi sembra — entrambe plausibili[189] sia sotto il profilo giuridico, sia sotto il profilo linguistico: nell'espressione *pro operis*, se pensiamo ad una locazione di *operae*, la preposizione '*pro*' evidenzia un profilo maggiormente causale (il denaro è dato dal terzo allo schiavo 'in cambio' delle opere, ma dallo schiavo al padrone 'a causa' delle opere prestate al terzo); se pensiamo ad un pagamento dal *servus* al padrone, la preposizione evidenzia un profilo maggiormente 'di scambio'[190].

c) Il terzo (ipotetico) rapporto è, in sé e per sé, abbastanza chiaro, nel senso che si tratta della locazione di un fondo realizzata tra il *servus* e il *dominus* — è da notare che, qui, come altrove[191], Servio non esita ad utilizzare la terminologia della *locatio conductio* civilistica anche per indicare i rapporti tra schiavo e padrone.

Non è però agevole l'esatta individuazione del ruolo di questo esempio o analogia[192] all'interno della logica del *responsum*. In parti-

---

[187] FRANCISCI ACCURSII *casus* ad D. 40. 7. 14; G. GILIBERTI, *Servus quasi colonus. Forme non tradizionali di organizzazione del lavoro nella società romana*, Napoli 1981, 38 ss.

[188] Lab. fr. 255 LENEL = Gai. 7 *ad ed. provinc.* D. 7. 8. 13, richiamato dal GILIBERTI, *Servus quasi colonus*, cit., 38. Cfr. anche Iul. 12 *dig.* D. 15. 1. 37. 3: *... nihil interest, operas suas conduxerit servus a fructuario ...* (su questo passo, e sulla *conductio* delle proprie *operae* da parte del *servus*, cfr. per tutti BUTI, *Studi sulla capacità patrimoniale dei 'servi'*, cit., 105 nt. 74, con bibliografia); Iul. 35 *dig.* fr. 498 LENEL = Ulp. 18 *ad Sab.* D. 7. 1. 25. 5: *... si servo fructuarius operas eius locaverit ...*; Ulp. 1 *ad ed. aedil. curul.* D. 21. 1. 23. 9: *... si ipse fructus percepit mercedesve a servo vel conductore servi accepit ...*

[189] Così anche GILIBERTI, *Servus quasi colonus*, cit., 40 e nt. 14.

[190] Sulla varietà semantica di *pro*, cfr. per tutti M. LEUMANN - J. B. HOFMANN - A. SZANTYR, *Lateinische Grammatik*. II. *Lateinische Syntax und Stylistik*, München 1965, 269 ss.

[191] Cfr. Alf. 2 *dig.* D. 15. 3. 16 (*quidam fundum colendum servo suo locavit ...*); su questo tipo di rapporti cfr., per tutti, BUTI, *Studi sulla capacità patrimoniale dei 'servi'*, cit., 108 nt. 81; A. SCHIAVONE, *Giuristi e nobili nella Roma repubblicana*, Roma - Bari 1987, 120 s.

[192] Così HORAK, *Rationes decidendi*, cit., 264 s.; potremmo parlare di esempi «vivamente connessi colla problematica dell'analogia» (G. GROSSO, *'Rationes decidendi'*, in «Index» 2 [1971] 119).

colare, non sappiamo se Servio sia pervenuto alla soluzione proprio argomentando dalla fattispecie del *locare fundum fruendum*. Ma la stessa presenza dell'esempio-analogia nel responso mostra chiaramente che esso doveva avere quantomeno una funzione chiarificatrice della soluzione[193]. Ed è dunque necessario soffermarci su di esso per comprendere la logica dell'argomentare serviano.

Servio è interessato, in tutta evidenza, a dimostrare che la *pecunia* data *pro operis* ha una causa diversa da quella pagata *pro libertate*, e che i due ambiti devono restare distinti[194]. A tal fine costruisce un responso dialetticamente assai efficace ed elegante, che evidenzia il diverso significato giuridico assunto nei vari casi dal dato (storico) della dazione di denaro, attraverso la variazione della sola 'causa': secondo le asserzioni dello schiavo, la *pecunia* è data *pro libertate*; nella rappresentazione serviana del rapporto, *pro operis*; nell'esempio finale, *pro fructu fundi*.

Ora, io credo che la simmetria stilistica del *responsum* debba costituire una guida nella decifrazione del testo, nel senso che, data l'impostazione formale data da Servio alla sua argomentazione, dovremmo cercare di individuare le soluzioni sostanziali che ad essa più si adattino.

La prima possibilità è che, con *pecuniam dare pro operis*, Servio alludesse ad una locazione delle *operae* ad un terzo. In questo caso, conduttore sarebbe il terzo, e locatore il *servus* (o il *dominus* — ipotesi che, come si è detto, è meno probabile); mentre, nel *locare fundum fruendum*, conduttore è lo schiavo e locatore il *dominus*.

La seconda possibilità è che, con *pecuniam dare pro operis*, Servio si riferisse a denaro dato in sostituzione della normale prestazione di *operae* servili. In questo caso, apparentemente, non vi sarebbe alcuna simmetria con l'ipotesi del *locare fundum fruendum*, perché non vi sarebbe neanche *locatio conductio*. Ma solo apparentemente. Abbiamo già notato come, nell'esempio del fondo, Servio utilizzi la terminologia del contratto di *ius civile* anche per indicare i rapporti tra schiavo e padrone. Ora, a mio avviso, è possibile che lo stesso sia avvenuto anche nel caso del *pecuniam dare pro operis*: non è probabilmente un caso che questa *pecunia* sia denominata con il termine tecnico del pa-

---

[193] Così anche HORAK, *Rationes decidendi*, cit., 265.
[194] Così anche DE SARLO, *Alfeno Varo*, cit., 11 ss.

gamento realizzato all'interno di una *locatio conductio*[195], ossia '*merces*'[196]. Verisimilmente, Servio, così come chiamava 'locazione' il rapporto in cui lo schiavo 'conduce' un fondo del padrone, chiamava 'locazione' anche il rapporto in cui lo schiavo 'conduce' le proprie *operae* pagando una *merces* (tratta dal peculio[197]) al *dominus*-'locatore'[198]. E, a questo punto, se leggiamo il *pecuniam dare pro operis* come una 'conduzione' delle proprie *operae* da parte del *servus*, in cui il *dominus* è 'locatore', notiamo una perfetta simmetria con l'esempio del *locare fundum fruendum*: in entrambi i casi il *servus* è conduttore e il *dominus* locatore. Mi sembra dunque che sia questa la lettura preferibile.

Servio, insomma, voleva dire all'interrogante: se lo schiavo ha pagato *pro operis suis*, egli ha realizzato una sorta di 'locazione' delle proprie *operae*, e la *pecunia* data al padrone è una sorta di *merces* locativa, cosicché non può essere computata nel *decem dare* previsto nel testamento per la sua liberazione. Sarebbe come se il *servus* avesse 'condotto', invece delle proprie *operae*, un fondo del padrone, e avesse pagato, invece che *pro operis*, *pro fructu fundi*.

Comprendiamo a questo punto il valore dell'esempio-analogia: per sciogliere l'ambiguità della fattispecie presentata nella *quaestio*, in cui 'soggetto' e 'oggetto' della locazione coincidono, Servio scinde i due profili in un esempio in cui 'soggetto' e 'oggetto' sono distinti, rifacendosi ad una fattispecie analoga (la locazione del fondo) ma leggermente differente. È questo un caso, mi sembra, in cui la tecnica serviana dello — per dirla con il Daube — 'slightly different'[199] non è applicata al *cavere*, ma è riconvertita all'interno del *respondere*[200], al fine di meglio evidenziare la logica dell'argomentazione.

Per Servio, dunque, lo schiavo può non solo *se locare*, ma anche *se conducere*. È questo di certo il riconoscimento di una notevole au-

---

[195] Cfr. *infra*, cap. IV § 6.

[196] Cfr. anche sch. δοῦλος κελευσθείς (1) ad Bas. 48. 5. 15 (SCHELTEMA, B. VII, 2901): μισθός.

[197] La prospettiva del WALDSTEIN, *Operae libertorum*, cit., 117 ss., impedisce all'a. di pensare ad un *peculium* (cfr. spec. 118 e nt. 36), ma l'esistenza di una certa autonomia patrimoniale del *servus* è presupposta dalla disposizione testamentaria.

[198] Ciò viene negato dal GILIBERTI, *Servus quasi colonus*, cit., 42, sulla base dell'errato presupposto che nella riflessione alfeniana «la *locatio conductio* non si è ancora distaccata concettualmente dalla compravendita dei frutti».

[199] Cfr. DAUBE, *Slightly Different*, cit., *passim*.

[200] Non a torto il BRETONE, *Tecniche e ideologie*², cit., 93 nt. 6, ricomprende il responso tra quanti restano ancorati «al caso proposto».

tonomia del *servus*, che si accorda sia con il ruolo assunto dallo schiavo nell'economia romana del tempo[201], sia con l'impegno di Servio nella costruzione dei modelli giuridici connessi alle esigenze del commercio[202]. Ma, allo stesso tempo, l'analogia impostata dal giurista repubblicano tra *se conducere* e *conducere fundum* è un richiamo alla realtà del rapporto di dipendenza tra *dominus* e *servus*, e in particolare alla condizione di quest'ultimo come *res*[203]: lo schiavo paga al *dominus* una *merces* per le proprie *operae* come pagherebbe per il *fructus fundi*.

Ora, quale sia il valore del *frui* nella locazione di un fondo, e quale sia il rapporto di questo elemento con la *merces* è stato già analizzato nell'esegesi di D. 19. 2. 15. 2: l'obbligazione principale del locatore è quella di *praestare uti frui*, e quella del conduttore è di *praestare mercedem*[204]. Di sicuro, l'analogia instaurata da Servio potrebbe essere ispirata, oltre che dal consistere entrambe le fattispecie in una locazione, anche in un'identità di regime e di struttura. È estremamente probabile, ad esempio, che già per Servio[205] il pagamento della *merces* dovesse essere proporzionale (così come avviene per la locazione dei *balnea* in D. 19. 2. 30. 1[206]) al tempo in cui sono state prestate le *operae*. Ma non abbiamo alcun elemento al riguardo. Così come non sappiamo se possa valere, per il giurista repubblicano, l'equipa-

---

[201] Mi limito a richiamare, al riguardo, gli studi sull'utilizzazione 'commerciale' degli schiavi compiuti da A. DI PORTO, *Impresa collettiva e schiavo 'manager' in Roma antica (II sec. a.C. - II sec. d.C.)*, Milano 1984; F. SERRAO, *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale*, Pisa 1989; A. PETRUCCI, *Mensam exercere. Studi sull'impresa finanziaria romana (II sec. a.C. - metà del III sec. d.C.)*, Napoli 1991.

[202] Cfr., su tutto ciò, SCHIAVONE, *Giuristi e nobili*, cit., 118 ss.

[203] Sulla posizione di Servio rispetto al duplice statuto della condizione dello schiavo, cfr., per tutti, ancora SCHIAVONE, *Giuristi e nobili*, cit., 124 ss.

[204] Per un rapporto tra *frui praestare* in D. 19. 2. 15. 2 e *dare pecuniam pro fructu fundi* in D. 40. 7. 14 pr., cfr. anche CARDILLI, *Praestare*, cit., 240.

[205] Come sarà più tardi per Marcello e Paolo: cfr. Marc. 6 *dig.* fr. 77 LENEL = Ulp. 32 *ad ed.* D. 19. 2. 9. 1: *hic subiungi potest, quod Marcellus libro sexto digestorum scripsit: si fructuarius locaverit fundum in quinquennium et decesserit, heredem eius non teneri, ut frui praestet, non magis quam insula exusta teneretur locator conductori. sed an ex locato teneatur conductor, ut pro rata temporis quo fruitus est pensionem praestet, Marcellus quaerit, quemadmodum praestaret, si fructuarii servi operas conduxisset vel habitationem? et magis admittit teneri eum: et est aequissimum*; Paul. *reg.* D. 19. 2. 38 pr.: *qui operas suas locavit, totius temporis mercedem accipere debet, si per eum non stetit, quo minus operas praestet.* Si noti che nel primo passo la locazione del *servus* è posta sullo stesso piano di quella del *fundus* e dell'*insula*; sulla paternità paolina del secondo frammento cfr. per tutti A. METRO, *Locatio operarum e rischio contrattuale*, in «Panorami» 5 (1993) 54.

[206] Cfr. *supra*, § 2.5.

razione gaiana[207] (ma di cui troviamo tracce già in Labeone[208]) tra *operae* e *fructus*: potremmo ipotizzarlo sulla scorta della struttura della analogia impostata dal giurista (che somiglia ad un'equazione del tipo *merces* : *operae* = *merces* : *fructus fundi*), ma non vi sono elementi testuali per affermarlo con certezza[209]. Il valore del passo, per il momento, può solo essere quello di porre un problema.

4. UNA 'LOCATIO OPERIS FACIENDI' (D. 19. 2. 30. 3).

Soffermiamoci infine su un passo tratto dai *digesta* di Alfeno epitomati da Paolo, nel quale si riporta un responso di cui non è certa la paternità serviana[210]:

> Alf. 3 *dig. a Paul. epit.* D. 19. 2. 30. 3: qui aedem faciendam locaverat, in lege dixerat: 'quoad in opus lapidis opus erit, pro lapide et manupretio dominus redemptori in pedes singulos septem dabit': quaesitum est, utrum factum opus an etiam inperfectum metiri oporteret. respondit etiam imperfectum.

---

[207] Cfr. Gai. 7 *ad ed. prov.* D. 7. 7. 3: *in hominis usu fructu operae sunt et ob operas mercedes*; Gai. 2 *de lib. caus. ed. urb.* D. 7. 7. 4: *fructus hominis in operis consistit et retro in fructu hominis operae sunt*. Su entrambi i passi, cfr. anche *infra*, cap. III § 4.3.

[208] Cfr. *supra*, § 2.5.

[209] Lo stesso commento dei Basilici non è di alcun aiuto. Se i passi di Gaio sono resi attraverso una chiara identificazione tra ὑπηρεσία e καρπός (Bas. ~~16~~. 7. 3 [SCHELTEMA, A. II, 829]: ἐν ἑκάστῃ χρήσει εἰσὶν ὑπηρεσίαι καὶ διὰ τὰς ὑπηρεσίας μισθός; Bas. 16. 7. 4 [SCHELTEMA, A. II, 829]: ὁ καρπὸς τοῦ δούλου, αἱ ὑπηρεσίαι εἰσί ...), la parafrasi del frammento di Alfeno rende *pro operis* con ὑπὲρ τῶν καρπῶν τῆς ὑπηρεσίας, ossia *pro fructu operae*, evidentemente alludendo alla *merces* (nel senso che i *nummi* erano stati dati a titolo di mercede): Bas. 48. 5. 15 pr. (SCHELTEMA, A. VI, 2204): ὁ κελευσθεὶς δοῦναι δέκα νομίσματα καὶ ἐλευθερωθῆναι ἀπὸ κομάτων διδοὺς αὐτὰ κατὰ μέρος οὐ γίνεται ἐλεύθερος. ὑπὲρ γὰρ τῶν καρπῶν τῆς ὑπηρεσίας ἔδοξε διδόναι (nello sch. δοῦλος κελευσθείς [1] ad loc. [SCHELTEMA, B. VII, 2901], l'espressione latina è resa con ὑπὲρ τῶν ὀπερῶν). In questo senso, il commento bizantino è più vicino al rapporto che tra *fructus* e *operae* si instaura in un altro passo di Alfeno, in cui il *fructus ex operis* è la *merces* che i medici liberti traggono dalla propria attività (Alf. 7 *dig.* D. 38. 1. 26. 1: *item rogavi, si has operas liberti dare nollent, quanti oporteret aestimari. respondit, quantum ex illorum operis fructus, non quantum ex incommodo dando illis, si prohiberet eos medicinam facere, commodi patronus consecuturus esset*).

[210] Per alcuni studiosi sarebbe da attribuire a Servio (DE SARLO, *Alfeno Varo*, cit., 101 s.; J. M. RAINER, *Zur locatio conductio: Der Bauvertrag*, in «ZSS» 109 [1992] 514 nt. 49; S. D. MARTIN, *The Roman Jurists and the Organization of Private Building in the Late Republic and Early Empire*, Bruxelles 1989, 116), ma negli scolii ai Basilici è riferito ad Alfeno: cfr. sch. ἐμίσθωσά σοι οἶκον (7) ad Bas. 20. 1. 30 (SCHELTEMA, B. III, 1195): [φησὶν] ὁ 'Αλφῆνος ...

Il responso ha ad oggetto il tenore di una *lex locationis*. Nell'edificazione di un'*aedes*, il committente aveva stabilito[211] che, finché nella realizzazione dell'*opus* ci fosse stato bisogno di *lapis*, il *dominus* avrebbe dato al *redemptor* sette *in pedes singulos*, *pro lapide et manupretio*. Alfeno viene interrogato circa la possibilità di *metiri* l'*opus* non solo se terminato (*factum*) ma anche se non finito (*imperfectum*), e risponde che può procedersi al *metiri* dell'*opus* anche se *imperfectum*.

Nell'esegesi del passo, occorre confrontarsi essenzialmente con l'interpretazione dell'Amirante[212]. Come si è detto nell'*Introduzione*[213], per questo autore la concezione dell'*opus locatum conductum* come cosa ideale, non ancora venuta ad esistenza, sarebbe nata solo con Labeone, essendo ignota ai giuristi precedenti. Alfeno (o forse Servio), in particolare, avrebbe superato la primitiva concezione muciana della *res locata* come *res* da restituire nell'*idem*[214], ammettendo la possibilità di una restituzione dell'*idem genus*, ossia anche di oggetti elaborati[215], ma sarebbe rimasto ancorato «all'idea che la *res* deve essere materialmente esistente al momento della conclusione dell'accordo»[216]. A tanto si sarebbe arrivati solo con Labeone[217]; e una prova di questa teoria sarebbe rintracciabile proprio nel frammento in esame.

Nella *lex locationis* di D. 19. 2. 30. 3 — osserva l'Amirante — il *redemptor* si obbliga a consegnare non l'*opus* completo, ma i *singuli pedes*; e poiché — tranne il *lapis* — i materiali di costruzione erano verisimilmente forniti dal locatore[218], per Alfeno probabilmente il rapporto era costruito come una lavorazione, da parte del *redemptor*, dei materiali forniti dal *locator*, da restituire nell'*idem genus*, ossia nei *singuli pedes*. Il *redemptor*, insomma, non consegnerebbe al locatore la casa (l'espressione *aedem faciendam locare* sarebbe da attribuire a Paolo[219]), ma singole porzioni della stessa: «spezzettata come è in tante

---

[211] Sulla *lex locationis* del passo come espressione del «Wille des Bauherrn», cfr. per tutti MAYER-MALY, *Locatio conductio*, cit., 107.

[212] AMIRANTE, *Ricerche*, cit., 74 ss., seguito dallo SCHIAVONE, *Giuristi e nobili*, cit., 127.

[213] Cfr. *supra*, Intr. nt. 9.

[214] AMIRANTE, *Ricerche*, cit., 65 ss.

[215] AMIRANTE, *Ricerche*, cit., 66 ss.

[216] AMIRANTE, *Ricerche*, cit., 77.

[217] AMIRANTE, *Ricerche*, cit., 78 ss.

[218] Come mostra Cat. *agr.* 14 (cit. da AMIRANTE, *Ricerche*, cit., 75 s.), riportato e discusso *supra*, cap. I § 2.2.

[219] AMIRANTE, *Ricerche*, cit., 76; come ipotesi meno probabile, l'a. ritiene che l'espressione possa essere stata usata da Alfeno in modo atecnico (*ibid.*, 77 nt. 25).

singole prestazioni, anche la costruzione d'una casa non differisce, allora, sostanzialmente, dalla fabbricazione dei vasi o degli anelli ad opera dell'artefice»[220].

La proposta interpretativa non mi sembra convincente per almeno tre ordini di considerazioni.

Innanzitutto, come abbiamo visto, già nel *de agri cultura* catoniano si trovano espressioni come *villam aedificandam locare*, che alludono con ogni probabilità a rapporti di tipo consensuale[221], e in epigrafi del II-I sec. a.C. troviamo locazioni di teatri, muri, colonne, pavimenti, ponti da costruire[222].

Ma soprattutto, qualora si dovesse accogliere la lettura dell'Amirante, il responso non avrebbe alcuna ragion d'essere. Se infatti fino ad Alfeno fosse stato possibile *locare* soltanto *in pedes singulos*, dovremmo domandarci come potesse porsi, anche solo in ipotesi, il problema di un collaudo dell'*opus factum*. Intendo dire: al giurista viene chiesto se per il *metiri* sia necessario l'*opus factum*, oppure se il collaudo possa realizzarsi anche (*an etiam*) sull'*opus imperfectum*. Ora, perché mai ci si dovrebbe interrogare sulla possibilità residuale del collaudo dell'*opus imperfectum* — poiché è chiaro dal tenore del passo che i dubbi sulla *probatio* dell'*opus factum* non esistono — se questa fosse l'unica possibilità di collaudo? E come potrebbe affacciarsi alla mente delle parti la nozione di *opus factum*, ossia del prodotto finale dell'attività del conduttore, se queste concepissero il rapporto solo come locazione dei *singuli pedes*, non avendo ancora la nozione di *opus locatum* quale cosa non ancora esistente? Come potreb-

---

[220] AMIRANTE, *Ricerche*, cit., 76.

[221] Cat. *agr.* 14, su cui cfr. *supra*, cap. I § 2.2 (sul problema della presenza di rapporti consensuali nell'opera di Catone, problema cui non è possibile fornire una soluzione unitaria, cfr. cap. I § 2.3 *sub* B). La medesima obiezione si trova in THOMAS, *Non solet locatio dominium mutare*, cit., 348 s.; ID., *Locatio conductio emptio venditio und specificatio*, cit., 120; ID., *Reflections on Building Contracts*, in «RIDA» s. III, 18 (1971) 674 (pur nella sua teoria dell'*opus locatum* come *res futura*); KAUFMANN, *Die altrömische Miete*, cit., 213 ss. (cui replica l'AMIRANTE, *In tema di 'opus locatum'*, cit., 57 s.); ; C. A. CANNATA, *Per lo studio della responsabilità per colpa nel diritto romano classico*, Milano 1969, 174. Si ricorderà, tuttavia (cfr. *supra*, cap. I § 2.3 *sub* B), che, per l'AMIRANTE, *Ricerche*, cit., 35 s. (cfr. anche *ibid.*, 77 nt. 25), nei formulari catoniani non sarebbe ancora individuabile una tutela dei contratti consensuali, ma l'intero contenuto del rapporto sarebbe stato versato in una *verborum obligatio*.

[222] Cfr. le fonti indicate in BISCARDI, *Locatio*, cit., 1436.

be rispondere Alfeno *etiam imperfectum*? È chiaro, infatti, che questo *etiam* presuppone la conoscenza di una nozione di *opus perfectum*[223].

Infine, quando si guardi ad una simile interpretazione dal punto di vista dei concreti interessi delle parti, essa appare alquanto artificiale[224]: accogliendola, si finirebbe per legittimare il comportamento del *redemptor* che, realizzate un certo numero di porzioni di *opus* e ricevuta la *merces*, lasci l'*aedes* incompiuta[225].

Appare dunque necessaria una rilettura del testo.

Nella *lex*, il *dominus* si obbliga a dare al *redemptor* sette *pro lapide et manupretio*, finché (*quoad*) ci sarà bisogno di *lapis*, computando il pagamento sulla base dei *singuli pedes*. Mi sembra che i profili interessanti del passo siano almeno tre.

a) Innanzitutto, è da rilevare che, nel tenore della *lex*, i *singuli pedes* non sono ciò che si deve restituire — perché altrimenti, come si è detto, la *quaestio* non avrebbe avuto senso —, ma il termine di riferimento obiettivo per la determinazione della *merces*. In questo senso, l'assetto di interessi posto in essere dalle parti è molto simile a quello descritto da Catone nella parte in cui tratta del *villam aedificandam locare*[226]: il *pretium* è per l'*opus* (si parla di *operi pretium*), ma viene calcolato *in tegulas singulas*[227]. È proprio per questa limitata valenza dei *singuli pedes* che in D. 19. 2. 30. 3 il richiedente interroga il giurista sulla possibilità di *metiri* un *opus imperfectum*, ed è proprio perché le parti hanno previsto una simile modalità di pagamento che Alfeno acconsente ad un collaudo parziale.

Il *metiri*, però, ha come effetti solo la possibilità, per il locatore, di controllare nel tempo l'operato del *redemptor* e, per il conduttore, di essere parzialmente liberato, con il collaudo, dal *periculum* derivante da *vitia operis*[228], oltre che di ricevere la *merces* prima[229]. Non vi so-

---

[223] E non è senza significato il fatto che, già nella *lex agraria* del 111 a.C., l'*opus locatum* sia qualificato come *opus perfectum* (l. 98 [FIRA, I, 121]: *opu]sque loc[at]o eique operei diem deicito, u[bei perf]ectum siet; facitoque [...*, su cui cfr. BISCARDI, *Locatio*, cit., 1436.

[224] Cfr. THOMAS, *Reflections on Building Contracts*, cit., 674: «highly artificial».

[225] Così anche THOMAS, *Reflections on Building Contracts*, cit., 675.

[226] Cfr. *supra*, cap. I § 2.2.

[227] Cat. *agr.* 14. 3-5.

[228] Cfr., sul punto, *infra*, cap. IV nt. 232.

[229] Non può essere accolta la proposta di S. D. MARTIN, *A Reconsideration of probatio operis*, in «ZSS» 103 (1986) 334; EAD., *The Roman Jurists and the Organization of Private Building*, cit., 116, nel senso di una misurazione e di un pagamento parziali (che per la studiosa sarebbero finalizzati a permettere al *redemptor* di pagare l'operaio specializzato che lavora il *lapis*) e di un collaudo generale alla fine del lavoro: il *metiri* (che non è solo

no motivi per ritenere che esso esoneri il *redemptor*, che ha ricevuto l'incarico di *facere* una *aedes*, dalla responsabilità di consegnare al committente l'intero edificio, l'*opus factum*.

b) In secondo luogo — ma questo è un dato il cui valore potrà essere apprezzato pienamente quando discuteremo del dibattito tra Sabiniani e Proculeiani circa la distinzione tra compravendita e locazione[230] — Alfeno ammette che parte dei materiali di costruzione siano forniti dall'appaltatore. E dunque, confermando implicitamente D. 19. 2. 31, riconosce che in una locazione possa verificarsi un passaggio di proprietà. Peraltro, va rilevato che, contrariamente a quanto sostenuto dall'Amirante, vi sono passi di Cicerone che sembrano attestare — almeno per le cd. locazioni pubbliche — una prassi in cui i materiali sono di regola forniti dal *redemptor*[231], altrettanto diffusa di quella (contraria) testimoniata da Catone.

c) Il profilo del passo che però trovo più interessante è un altro, e cioè il fatto che la *merces* sia data *pro lapide et manupretio*. Intendo dire che l'obbligazione del *redemptor* — lo si capisce dal tenore della *quaestio* — è quella di compiere l'*opus*, eppure la *merces* viene data non *pro opere*, bensì per il *lapis* e per il *manupretium*. Mi rendo conto del fatto che, verisimilmente, nella fattispecie l'individuazione dei singoli elementi è determinata dalla circostanza che la pietra per la costruzione non poteva essere fornita dal locatore, e che pertanto nella *lex* era necessario precisare che l'entità della somma era legata alla fornitura di *lapis* da parte del *redemptor*; cosicché, se non ci fosse stata questa necessità contingente, una espressione come *merces pro opere* non sarebbe stata certo fuori posto: in Catone troviamo, senza alcuna contraddizione, *operi pretium* accanto a *manupretium*[232]. Ma è proprio questa fungibilità di espressioni ad essere interessante, perché lascia comprendere che, qualora non ci fosse più stato bisogno di *lapis*, il pagamento sarebbe stato sostanzialmente *pro manupretio*: così come in Catone, anche in questo caso la *merces* pagata per la locazione dell'*aedes facienda*, pur essendo computata *in pedes singulos*, sarebbe

'misurare', ma anche 'collaudare') ha ad oggetto l'*opus imperfectum*, non il lavoro definitivo (cfr., in questo senso, M. TALAMANCA, in «BIDR» 90 [1987] 640).

[230] Cfr. *infra*, cap. IV §§ 3-4.

[231] Cfr. Cic. *Verr.* 2. 1. 146-147 (cfr. anche Ps.-Asc. *Verr.* p. 253 STANGL) e l'interpretazione di TRISCIUOGLIO, *Sarcta tecta*, cit., 87 ss.

[232] Cat. *agr.* 14. 3 e 14. 5, su cui *supra*, cap. I § 2.2 e 2.3 *sub* C.*d*. Cfr., anche Iav. 11 *epist.* D. 19. 2. 51. 1 (su cui *infra*, cap. IV § 9); Varr. *ling. Lat.* 5. 178.

consistita in un 'pagamento (*pretium*) per l'attività (*manus*)'[233], in un μισθὸς τῆς ἐργασίας[234].

Contro questi rilievi potrebbe obiettarsi che con l'espressione *pro manupretio* Alfeno avrebbe potuto alludere ad un pagamento effettuato dal locatore al fine di consentire al *redemptor* di compiere la *locatio* cd. *operarum* di un operaio che lavori il *lapis*[235]. Ma nulla di tutto ciò è desumibile dal tenore del passo[236]. Certo, è probabile che il *redemptor* avesse alle proprie dipendenze degli *operarii*, ma questo ambito resta estraneo all'interesse del *locator*, il quale paga per il materiale che non può fornire e per l'attività posta in essere (personalmente o mediante sottoposti) dal *redemptor*: la *merces* non è computata in giornate lavorative, ma per porzioni di *opus*. Non solo, ma l'interpretazione qui proposta si lega sia al dato terminologico della maggiore aderenza del vocabolo a fattispecie di 'Werkvertrag' piuttosto che di 'Dienstvertrag'[237], sia al vocabolario del *de agri cultura* di Catone e dei giuristi del principato: in Catone, come abbiamo appena ricordato, il termine *manupretium* ricorre in un rapporto di locazione di *villa aedificanda* dove pure la *merces* era calcolata *in tegulas singulas*[238], e il termine *opera* è utilizzato per indicare l'attività del *redemptor*[239] o del *faber* che si incarichi di *facere* la *cupa*[240]; in Pomponio (che abbiamo già esaminato[241]), Cassio e Gaio (che analizzeremo in seguito[242]), rispetto alla locazione di anelli ad un orefice, leggiamo che la *merces* è data *pro opera*.

Insomma: l'analisi di D. 19. 2. 30. 3 conferma che, non solo in contesti di cd. *locatio operarum* (cfr. *supra*, D. 40. 7. 14 pr.), ma anche in contesti di cd. *locatio operis*, la *merces* viene pagata essenzialmente *pro opera*. Se leghiamo questo dato al fatto che, per converso, altri passi di Alfeno mostrano — ancora una volta in accordo con Catone[243] — che il termine *opus* può essere usato anche ad indicare un complesso di *operae* non fina-

---

[233] Cfr. *supra*, cap. I § 2.2.
[234] Così sch. ἐμίσθωσά σοι οἶκον (7) ad Bas. 20. 1. 30 (SCHELTEMA, B. III, 1195).
[235] Così MARTIN, *A Reconsideration of probatio operis*, cit., 334.
[236] La stessa MARTIN, *A Reconsideration of probatio operis*, cit., 334, deve riconoscere che «this is not stated in the contract clause».
[237] Cfr. KAUFMANN, *Die altrömische Miete*, cit., 161 ss., 167 ss.; ma il rilievo non vale in assoluto: cfr. *supra*, cap. I nt. 65.
[238] Cat. *agr.* 14. 5.
[239] Cat. *agr.* 144. 3 (7.) e 145. (9.).
[240] Cat. *agr.* 21. 5 (per tutte queste fonti cfr. *supra*, cap. I §§ 2.2 e 2.3 *sub* C. *d*).
[241] Pomp. 9 *ad Q. Muc.* D. 34. 2. 34 pr. (cfr., in particolare, cap. I § 4.3).
[242] Cfr. Cass. fr. 139 LENEL = Gai. 3. 147; Gai. 3.147.
[243] Cfr. *supra*, cap. I § 2.3 *sub* C.*d*.

lizzate a un risultato (cfr. Alf. 7 *dig.* D. 38. 1. 26 pr., che potrebbe sottintendere un rapporto di locazione delle *operae* dei *medici liberti*[244]), dovremo concludere che nel linguaggio dei giuristi romani doveva esservi una certa oscillazione terminologica tra le fattispecie usualmente ricondotte alle figure della *locatio* cd. *operarum* e *operis*.

5. LA CONFIGURAZIONE DELLA 'LOCATIO CONDUCTIO' IN ETÀ TARDO-REPUBBLICANA.

Possiamo distinguere i passi esaminati — che costituiscono quasi la totalità dei responsi della scuola serviana relativi alla *locatio conductio*[245] — in due gruppi.

In primo luogo, vi sono frammenti in cui la locazione è l'oggetto diretto del responso. In questi casi, appare chiaramente che l'impegno di Servio — ed eventualmente di Alfeno — si è rivolto innanzitutto alla ricerca di un equilibrio tra le reciproche prestazioni delle parti in tutte le ipotesi in cui una delle due prestazioni non fosse stata eseguita (fosse ciò avvenuto o meno per colpa) e, secondariamente, al problema dei danni causati ad uno dei contraenti dal comportamento dell'altro (§§ 2 e 4).

Vi sono poi frammenti in cui l'oggetto immediato del responso è diverso dalla locazione, ma la cui argomentazione è costruita in modo tale da chiarire caratteristiche importanti del contratto. In questo secondo gruppo possiamo ricomprendere sia la complessa testimonianza relativa all'esercizio dell'*actio oneris aversi*, che ci ha permesso di concludere che Alfeno (ma verisimilmente già Servio) ammetteva il verificarsi di un trasferimento del *dominium* all'interno di una *locatio conductio* (§ 1); sia il passo in cui, dovendo pronunciarsi circa il pagamento effettuato *pro libertate* da uno *statuliber*, Servio compie

---

[244] Alf. 7 *dig.* D. 38. 1. 26 pr.: *medicus libertus, quod putaret, si liberti sui medicinam non facerent, multo plures imperantes sibi habiturum, postulabat, ut sequerentur se neque opus facerent: id ius est nec ne? respondit ius esse, dummodo liberas operas ab eis exigeret, hoc est ut adquiescere eos meridiano tempore et valetudinis et honestatis suae rationem habere sineret.*

[245] Ho tralasciato, se non erro, solo Serv. fr. 20 LENEL = Paul. 34 *ad ed.* D. 14. 2. 2 pr. e 3, relativo alla compartecipazione di tutti i *vectores* ai pericoli della navigazione; Serv. fr. 29 LENEL = Afr. 8 *quaest.* D. 19. 2. 35. 1, che sarà analizzato *infra*, cap. IV § 6; e due passi in cui alla locazione si accenna solamente: Serv. fr. 26 LENEL = Ulp. 32 *ad ed.* D. 19. 1. 13. 30, e Alf. 7 *dig.* D. 39. 4. 15.

un'interessante analogia tra il pagamento effettuato *pro fructu fundi* e quello realizzato *pro operis* (§ 3).

L'esame sin qui condotto, coordinato con le esegesi del capitolo precedente, mi sembra indirizzi verso i seguenti risultati.

a) la giurisprudenza tardo-repubblicana, diversamente da quanto generalmente si sostiene, non vedeva ostacoli al fatto che in una locazione si realizzasse un trasferimento di proprietà: sia nel senso che il committente poteva dare i materiali all'artefice (Q. Muc. in D. 34. 2. 34 pr.), sia nel senso che l'artefice poteva realizzare l'*opus* con propri materiali (Serv. in D. 19. 2. 30. 3), sia nel senso che — in un contratto di trasporto — le merci non contrassegnate entravano nel *dominium* del trasportatore (Alf. in D. 19. 2. 31);

b) le prestazioni delle parti erano ravvisate non nel *dare* e *reddere* la *res locata* — come sostenuto dall'Arangio-Ruiz, dal Brasiello e dall'Amirante[246] —, ma:

b_1) quando si loca un fondo, un'*insula*, dei *balnea*: nel *praestare mercedem* contro il *praestare uti frui* (Serv. in D. 19. 2. 15. 2 e gli altri passi nel § 2);

b_2) quando si locano delle *operae*: nello scambio di *merces* contro un'*opera* che parrebbe concepita come *frui* (Serv. in D. 40. 7. 14 pr.);

b_3) quando si loca un *opus faciendum*: nel *praestare mercedem* in cambio dell'*opera* (ed, eventualmente, dei materiali) realizzata dal conduttore in vista del conseguimento di un *opus*, pagamento che però appare condizionato al compimento dell'*opus* stesso (ammettendosi, a tal fine, pagamenti parziali per risultati parziali: Alf. in D. 19. 2. 30. 3).

Peraltro, se estendiamo a tutta l'età repubblicana la soluzione di Elio Gallo in D. 22. 1. 19 pr. — come sembra necessario, posto che troviamo affermazioni analoghe ancora nella giurisprudenza tardo-classica[247] —, dovremo concludere che, essendo anche la mercede concepita come *frui*, i giuristi repubblicani ravvisavano nello scambio di *merces* contro *uti frui* una sorta di reciproca prestazione di godimento.

---

[246] Cfr. *supra*, Intr. § 1.
[247] Cfr. *supra*, cap. I § 3.

CAPITOLO TERZO

LA CARATTERIZZAZIONE DEI SINGOLI ASSETTI DI INTERESSI NEL PENSIERO DI LABEONE

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. Le diverse forme della locazione marittima (D. 19. 5. 1. 1; D. 14. 2. 10 pr.-2). — 3. La definizione labeoniana di *opus locatum conductum* (D. 50. 16. 5. 1). — 4. Una tripartizione della *locatio conductio* in Labeone (D. 7. 8. 12. 6)? — 5. *Locatio conductio* e trasferimento del *dominium* in Labeone (D. 18. 1. 80. 3). — 6. Conclusioni.

1. PREMESSA.

È stato esattamente notato[1] che, rispetto alle percentuali solitamente riscontrabili nel Digesto, in tema di *locatio conductio* la quantità di frammenti tratti da opere di Alfeno e Labeone è certamente fuori dall'ordinario. Questo dato, unito alla considerevole quantità di citazioni di questi giuristi (e di Servio) da parte di *prudentes* più tardi, mostra che l'elaborazione delle caratteristiche della *locatio conductio* aveva raggiunto un grado di notevole completezza già nel primo principato. Il fatto che Ulpiano, in un passo fondamentale come D. 19. 2. 15. 2, richiami Servio, ponendosi senz'altro in linea con l'impostazione del giurista repubblicano, lascia comprendere che i caratteri essenziali della locazione, almeno in termini di identificazione del sinallagma, alla fine della repubblica erano stati tracciati.

E tuttavia l'opera di definizione della locazione non si esaurisce. I *prudentes* del principato accolgono molte delle prospettive della giurisprudenza precedente, ma contribuiscono a chiarire alcuni profili da questa lasciati in ombra, o addirittura ne correggono alcune posizioni.

---

[1] Dal CAPOGROSSI COLOGNESI, *Ai margini della proprietà fondiaria*[3], cit., 190 (il quale, per la verità, limita l'osservazione alla locazione di immobili).

In questo senso, il lavoro di Labeone non può essere valutato univocamente. A volte, quando affronta le medesime problematiche discusse all'interno della scuola di Servio — ad esempio rispetto al necessario equilibrio tra le prestazioni nella locazione di una *domus*[2] —, Labeone fa senz'altro propri i risultati acquisiti dalla giurisprudenza precedente. Altre volte, quando questi stessi problemi si presentano in fattispecie diverse da quelle discusse da Servio, egli tende ad applicare i medesimi princìpi, facendo però attenzione alle differenze di regime imposte dalla diversità del caso. Anzi, è proprio quest'ultimo impegno a caratterizzare maggiormente il lavoro del giurista augusteo: sembra di cogliere, nel dispiegarsi del suo pensiero, una preoccupazione costante verso la chiarificazione dei vari assetti d'interesse ricondotti allo schema della *locatio conductio*, sia nel senso di una individuazione delle caratteristiche proprie di ciascuno, sia nella prospettiva di una differenziazione degli uni dagli altri.

È a questo tratto del pensiero di Labeone — che mi sembra costituire a un tempo il profilo più caratteristico del suo lavoro e il dato più interessante ai fini della nostra indagine — che riterrei opportuno dedicare particolare attenzione.

2. LE DIVERSE FORME DELLA LOCAZIONE MARITTIMA (D. 19. 5. 1. 1; D. 14. 2. 10 PR.-2).

2.1. *Il problema della distinzione tra locazione della nave e contratto di trasporto (D. 19. 5. 1. 1).*

Iniziamo il nostro esame da un frammento dei *libri ad edictum* labeoniani[3], pervenuto attraverso la testimonianza di Papiniano:

> Lab. *ad ed.* fr. 98 LENEL = Pap. 8 *quaest.* D. 19. 5. 1. 1: domino mercium in magistrum navis, si sit incertum, utrum navem conduxerit an merces vehendas locaverit, civilem actionem in factum esse dandam Labeo scribit.

[2] Cfr., in questo senso, Lab. 4 *post. epit. a Iav.* D. 19. 2. 28; 5 *post. a Iav. epit.* D. 19. 2. 60 pr. Cfr. anche, rispetto alla locazione di *horti publici*, Lab. 2 *post. a Iav. epit.* D. 32. 30. 1.

[3] Sul problema dell'esistenza di uno o due commentari labeoniani all'editto (urbano o peregrino), cfr. da ultimo M. BRETONE, *Labeone e l'editto*, in *Seminarios Complutenses de derecho romano*, 5 (1993) 19 ss.

Labeone — scrive Papiniano — sosteneva che, qualora in una locazione marittima vi fossero dubbi sull'assetto di interessi posto in essere dalle parti, se cioè fosse stata realizzata una *conductio navis* o una *locatio mercium vehendarum*, dovesse essere accordata un'*actio civilis in factum*.

Nella valutazione della dottrina, i sospetti di interpolazione del frammento sono andati di pari passo con le diverse prospettive avvicendatesi, nel tempo, in tema di contratti innominati[4], e — incentrandosi in particolare sulla denominazione dell'*actio civilis in factum* — hanno in questa sede un interesse relativo[5]. Pur non escludendo in assoluto la possibilità di accorciamenti compilatori[6], ai nostri fini il testo può essere considerato genuino[7].

L'alternativa posta da Labeone[8] è chiara. Egli distingue due possibili forme di realizzazione di un contratto di locazione marittima: in

---

[4] Al riguardo, per una prospettiva d'insieme, cfr., sulla dottrina più antica, A. BURDESE, *Sul riconoscimento civile dei cd. contratti innominati*, in «Iura» 36 (1985) 14 ss.; e, sulla più recente, ID., *Recenti prospettive in tema di contratti*, in «Labeo» 38 (1992) 200 ss.

[5] Per gli autori più risalenti, mi limito a rinviare a E. LEVY - E. RABEL (cur.), *Index interpolationum*, I, Weimar 1929, 370. Fra i più recenti, cfr. P. COLLINET, *L'invention du contrat innommé*, in *Mnemosyna D. P. Pappoulias*, Athen 1934, 94; F. DE MARTINO, *Lex Rhodia*, in «Riv. Dir. Nav.» (1937) I = *Scritti di diritto romano. II. Diritto privato e società romana*, Roma 1982, 86 ss., con ampia bibliografia in nt. 46 (che critica il passo nel suo complesso); J. A. C. THOMAS, *Carriage by Sea*, in «RIDA» s. III, 7 (1960) 504; CANNATA, *Locatio horrei*, cit., 242 e nt. 22 (cfr. anche ID., *Sulla 'divisio obligationum' nel diritto romano repubblicano classico*, in «Iura» 21 [1970] 66 nt. 38); BURDESE, *Sul riconoscimento civile dei cd. contratti innominati*, cit., 19 s.; ID., *Ancora sul contratto nel pensiero di Labeone*, in «SDHI» 51 (1985) 464 s.; ID., *Sul concetto di contratto e i contratti innominati in Labeone*, in AA.VV., *Atti del Seminario sulla problematica contrattuale in diritto romano* (Milano 1987), I, Milano 1988, 37; ID., *Osservazioni in tema di cd. contratti innominati*, in *Estudios J. Iglesias*, I, Madrid 1988, 133; ID., *Recenti prospettive in tema di contratti*, cit., 212; ID., *I contratti innominati*, in *Derecho romano de obligaciones. Homenajes J. L. Murga*, Madrid 1994, 74 s. = *Miscellanea romanistica*, cit., 240; M. SARGENTI, *Labeone e la nascita dell'idea di contratto nel pensiero giuridico romano*, in «Iura» 38 (1987) 59, 61 s. (che si pronunciano tutti per l'itp. di *civilis*).

[6] Ipotizzati dal TALAMANCA, *La tipicità dei contratti romani*, cit., 86 nt. 198 sulla base della natura dell'opera di Papiniano (*quaestiones*), che nella redazione giustinianea appare troppo poco problematica — il che permetterebbe anche di superare i dubbi del DE MARTINO, *Lex Rhodia*, cit., 87 (che parla di «impronta enfatica e scolastica, inidonea ad una *quaestio*»).

[7] Cfr. anche F. GALLO, *Eredità di giuristi romani in materia contrattuale*, in N. BELLOCCI (a cura di), *Le teorie contrattualistiche romane nella storiografia contemporanea*, Napoli 1991, 36 ss.; ID., *Synallagma e conventio*, cit., I, 235.

[8] I dubbi di A. SCHIAVONE, *Studi sulle logiche dei giuristi romani. 'Nova negotia' e 'transactio' da Labeone ad Ulpiano*, Napoli 1971, 101 nt. 115, sulla possibilità di riferire il

un caso, è locatore il proprietario della nave e conduttore il proprietario delle merci (*conductio navis*)[9]; nell'altro, è locatore il proprietario delle merci e conduttore il *nauta* (*locatio mercium vehendarum*).

Il problema centrale per il giurista augusteo non è, evidentemente, quello di distinguere sul piano dogmatico diverse figure di *locatio*, quanto piuttosto quello della scelta dell'*actio*: qualora il proprietario delle merci dovesse agire contro l'altra parte, egli avrebbe a disposizione, nel primo caso, l'*actio conducti*; nel secondo, l'*actio locati*. Ma nell'ipotesi in cui l'assetto di interessi posto in essere dalle parti fosse *incertum*, Labeone ritiene necessario accordare[10] un'*actio civilis in factum*.

Ora, lasciando da parte il problema delle caratteristiche formali di questa azione, è abbastanza verisimile che essa sia stata prescelta da Labeone per evitare che l'attore, sbagliando *actio*, perdesse la lite[11]. Ma mi sembra che il passo ponga anche altri problemi, e cioè: da un lato, il valore della distinzione tra le due figure; dall'altro, il perché di una possibile confusione tra le stesse — che dal tenore del testo sembra essere non solo dell'attore, ma obiettiva[12]. Labeone sta distinguendo tra una *locatio rei* e una *locatio operis*? E in che termini è possibile confondere i due assetti di interessi? Per rispondere a questi

---

passo a Labeone non sembrano giustificati, e la dottrina è pressoché unanime nell'attribuirlo al giurista augusteo: mi limito a rinviare, per tutti, a P. STEIN, *Sabino contro Labeone: due tipi di pensiero giuridico romano*, in «BIDR» 80 (1977) 60; TALAMANCA, *La tipicità dei contratti romani*, cit., 86 (cfr. anche ID., in «BIDR» 92-93 [1989-1990] 733 e 736); R. SANTORO, *Il contratto nel pensiero di Labeone*, Palermo 1983, 105 e nt. 105, 107 ss., 146, 148; W. SELB, *Formulare Analogien in 'actiones utiles' und 'actiones in factum' vor Julians*, in *Studi C. Sanfilippo*, V, Milano 1984, 733 s.; BURDESE, *Sul riconoscimento civile dei cd. contratti innominati*, cit., 20; ID., *Osservazioni in tema di cd. contratti innominati*, cit., 33 ss.; ID., *Sul concetto di contratto e i contratti innominati in Labeone*, cit., 32, 37; SARGENTI, *Labeone e la nascita dell'idea di contratto*, cit., 61 s.; J. KRANJC, *Die actio praescriptis verbis als Formelaufbauproblem*, in «ZSS» 106 (1989) 458; GALLO, *Eredità di giuristi romani in materia contrattuale*, cit., 36 ss.; ID., *Synallagma e conventio*, cit., I, 230 ss.

[9] Per il THOMAS, *Carriage by Sea*, cit., 497 e nt. 30, Labeone avrebbe pensato ad una locazione dei *loca*; ma nel passo si parla semplicemente di *conductio navis*.

[10] Sulla genuinità e sul valore dell'espressione '*dandam*', cfr. GALLO, *Eredità di giuristi romani in materia contrattuale*, cit., 40; ID., *Synallagma e conventio*, cit., I, 243 (cfr. anche 245).

[11] SANTORO, *Il contratto nel pensiero di Labeone*, cit., 97; SELB, *Formulare Analogien*, cit., 734; GALLO, *Synallagma e conventio*, cit., I, 237.

[12] È questa anche la sensazione del DE MARTINO, *Lex Rhodia*, cit., 87 (pur nella sua critica alla genuinità del passo, e in particolare alla possibilità di concepire, anche in astratto, «un'incertezza obiettiva sulla definizione d'un negozio»).

quesiti può essere di aiuto l'esame di altri passi del giurista augusteo, tratti questa volta dai *pithana* epitomati da Paolo.

2.2. *Le prestazioni delle parti nel contratto di trasporto (D. 14. 2. 10 pr.).*

> Lab. 1 *pith. a Paulo epit.* D. 14. 2. 10 pr.: si vehenda mancipia conduxisti, pro eo mancipio, quod in nave mortuum est, vectura tibi non debetur. *Paulus*: immo quaeritur, quid actum est, utrum ut pro his qui impositi an pro his qui deportati essent, merces daretur: quod si hoc apparere non potuerit, satis erit pro nauta, si probaverit impositum esse mancipium.

La fattispecie descritta nel passo è quella della locazione di *mancipia vehenda*. Afferma Labeone che non è dovuta alcuna *vectura* al *nauta* per quello schiavo che sia morto *in nave*. Paolo, da parte sua, nota che occorre distinguere diverse ipotesi sulla base dell'*id quod actum est*: la *merces*, infatti, poteva essere stata calcolata in proporzione agli schiavi caricati (*impositi*) sulla nave, oppure in proporzione a quelli effettivamente portati a destinazione (*deportati*). E aggiunge che, qualora non sia possibile identificare le caratteristiche del negozio, sarà preferita la prima soluzione.

Nell'esegesi del frammento, i problemi relativi all'effettiva rispondenza del testo al pensiero labeoniano si pongono non tanto rispetto al sospetto di interpolazioni giustinianee — che sono generalmente escluse[13] — quanto rispetto alla fedeltà dell'epitome paolina al testo originario.

In generale, la dottrina è ormai per lo più convinta non solo del fatto che Paolo avesse a disposizione un originale dell'opera[14], ma anche di una sua rigorosa fedeltà al testo, determinata dalla natura stessa della critica da lui portata e dalla necessità di evitare l'accusa di aver manipolato il pensiero

[13] Cfr. per tutti F. HAYMANN, *Textkritische Studien zum römischen Obligationenrecht. II. Periculum est emtoris*, in «ZSS» 41 (1920) 155 s., che pure ritiene interpolata la nota di Paolo (cfr. anche ID., *Zur Klassizität des periculum emptoris*, in «ZSS» 48 [1928] 407 nt. 3).

[14] I dubbi del WIEACKER, *Textstufen*, cit., 144, circa la possibilità che Paolo avesse a disposizione un originale sono ormai superati: cfr. M. TALAMANCA, *I 'pithana' di Labeone e la logica stoica*, in «Iura» 26 (1975) 3 nt. 9; anche rispetto all'ipotesi di J. A. C. THOMAS, *Pithanon Labeonis a Paulo epitomatorum libri VIII*, in *Daube Noster. Essays in Legal History for D. Daube*, Edinburgh-London 1974, 319, secondo il quale i *pithana* sarebbero un'antologia labeoniana forse tratta dai *posteriores*, mi sembra sufficiente rinviare a quanto osservato dal TALAMANCA, *op. ult. cit.*, 5 nt. 13.

di Labeone al fine di meglio criticarlo[15]. Tuttavia, il fatto di poter contare su un testo verisimilmente originale — o, almeno, assai vicino all'originale — non deve far dimenticare che il frammento è pervenuto all'interno di un'epitome 'critica': in altre parole, la genuinità (per così dire 'interna') del passo non esime dalla necessità di valutare il pensiero labeoniano sempre nello spirito dell'opera originale di Labeone così come filtrata dalla riduzione e dal commento ('esterno') di Paolo.

In questa direzione, è bene innanzitutto rilevare che il parere di Labeone conservato in D. 14. 2. 10 pr. ha le caratteristiche tipiche dei frammenti dei *pithana*, e cioè: una certa tendenza all'astrazione[16] rispetto al caso concreto[17]; e l'assenza di ogni motivazione — peculiarità, quest'ultima, che fa assumere al responso la veste di 'massima'[18], ossia di regola 'probabile' (πιθανόν) rispetto alla singola fattispecie, che però non deve vincolare il giurista, qualora esistano i presupposti per una soluzione diversa[19].

Ora, però, se queste sono le finalità del giurista augusteo, occorre dire che la critica di Paolo — che qui come altrove assume i toni della precisazione e del 'distinguo', senza porre radicalmente in crisi, se non di rado, la soluzione labeoniana[20] — sembra talvolta determinata da una incomprensione

---

[15] Questa spiegazione, del TALAMANCA, *I 'pithana' di Labeone e la logica stoica*, cit., 4, che si pone in certa misura in linea con quanto affermato da M. BRETONE, *Ricerche labeoniane.* Πιθανά, in «PP» 28 (1973) = *Tecniche e ideologie*[2], cit., 149, permette di superare l'ipotesi del THOMAS, *Pithanon Labeonis a Paulo epitomatorum libri VIII*, cit., 319, 323, secondo cui l'epitome sarebbe un'opera giovanile di Paolo in cui il giurista avrebbe inteso criticare Labeone perché «eager to display his own talent», e a tal fine avrebbe modificato il linguaggio e forse la sostanza del dettato labeoniano, «in order to score points off the great jurist of the past».

[16] Così B. SCHMIDLIN, *Die römischen Rechtsregeln. Versuch einer Typologie*, Köln-Wien 1970, 146; ID., *Horoi, pithana und regulae. Zum Einfluss der Rhetorik auf die juristische Regelbildung*, in «ANRW» II. 15, Berlin - New York 1976, 120; TALAMANCA, *I 'pithana' di Labeone e la logica stoica*, cit., 35.

[17] Che pure aveva verisimilmente originato il responso: si ricorderà che per lo SCHULZ, *Geschichte*[2], cit., 286 = *Storia*, cit., 408, i *pithana* costituirebbero senz'altro «ein kasuistisches Werk».

[18] Così TALAMANCA, *I 'pithana' di Labeone e la logica stoica*, cit., 35 s.

[19] Seguo il TALAMANCA, *I 'pithana' di Labeone e la logica stoica*, cit., 37 s., nel ravvisare nel πιθανόν labeoniano «la soluzione che appare più probabile per il caso concreto in quanto rientri, come caso di specie, nella formulazione generalizzante adottata per descrivere la fattispecie cui quella soluzione si coordina», ma senza divenire mai «regola che debba esser comunque applicata». E ciò sulla base del «significato generico» del termine, «senza che sull'opera in esame, neppur per quanto concerne il titolo, si possa individuare uno specifico influsso della dialettica o della logica di qualsivoglia scuola filosofica». D'altra parte, l'idea di una matrice filosofica, fortemente affermata dallo SCHMIDLIN, *Horoi, pithana und regulae*, cit., 101 ss., spec. 112 (e ribadita di recente da W. FORMIGONI, Πιθανῶν *a Paulo epitomatorum libri VIII*, Milano 1996, 19 ss., 161 s., che pensa a influenze scettiche), è sfumata già in BRETONE, *Tecniche e ideologie*[2], cit., 167.

[20] Cfr. ancora TALAMANCA, *I 'pithana' di Labeone e la logica stoica*, cit., 36 nt. 103. Secondo il MOLNÁR, *Verantwortung und Gefahrtragung*, cit., 653, in D. 14. 2. 10 pr.,

degli scopi di Labeone. La tensione verso l'individuazione di fattispecie che costituiscono eccezioni rispetto alla 'massima' labeoniana vanifica infatti il carattere di 'regola probabile' assunto da quest'ultima, per riavvicinarla alla molteplicità dei casi concreti. Ma non bisogna per questo pensare che Labeone non si rendesse conto della possibilità di soluzioni alternative a quelle da lui adottate in modo apparentemente esclusivo: come è stato rilevato, «alcune volte ... le precisazioni di Paolo trovano rispondenza nella stessa opera labeoniana»[21].

La terminologia usata nel frammento (*conducere mancipia vehenda*), soprattutto se confrontata con l'alternativa posta da D. 19. 5. 1. 1, mostra chiaramente che Labeone sta parlando di un contratto di trasporto. In un simile assetto di interessi, afferma il giurista augusteo, quando un *mancipium* muoia sulla nave, al conduttore non è dovuta la *vectura*.

Il fatto che l'unica conseguenza dannosa per il *conductor* sia il mancato pagamento della *merces*, induce a ritenere che l'ipotesi sia da ricomprendere tra quelle che la dottrina moderna qualifica come 'rischio', e che dunque la *mors mancipii* possa essere qualificata come *vis*[22]. È vero, infatti, che nel testo non sono minimamente accennate le cause della morte dello schiavo, e che pertanto non è raggiungibile al riguardo alcuna certezza[23]. Ma è difficile credere che, qualora la *mors mancipii* fosse stata in qualche modo addebitabile a *culpa* del conduttore, questi avrebbe solo perso la *merces*.

Tuttavia, come avevamo notato nell'esegesi di D. 19. 2. 15. 2[24], bisogna sempre tener presente lo stretto legame che intercorre tra il

---

l'opposizione tra i due giuristi sarebbe completa: per Labeone, la 'Lohngefahr' sarebbe sopportata integralmente dal conduttore, mentre Paolo affermerebbe «genau das Gegenteil». La distanza tra i due giuristi sarebbe dovuta allo sviluppo dei principi della 'Gefahrtragung' nel 'Werkvertrag', che con Labeone era ancora agli inizi, mentre con Paolo sarebbe giunta a completa maturazione. Tuttavia, come vedremo nel corso dell'analisi, la posizione di Paolo finisce sostanzialmente per coincidere con quella labeoniana.

[21] TALAMANCA, *I 'pithana' di Labeone e la logica stoica*, cit., 37 nt. 104; cfr. THOMAS, *Pithanon Labeonis a Paulo epitomatorum libri VIII*, cit., 319 ss.

[22] Cfr., per una lettura della morte come «Ereignis höherer Gewalt», KASER, *Periculum locatoris*, cit., 189.

[23] Potendosi anche pensare che, come avviene probabilmente per D. 19. 2. 62 (su cui cfr. *infra*, nt. 27), Labeone ponga il 'pericolo' a carico del conduttore in considerazione della natura dell'attività svolta: cfr., in questo senso, F. WUBBE, *Labeo zur Gefahrtragung im Bauvertrag*, in AA.VV., *L'homme dans son environnement — Mensch und Umwelt*, Fribourg 1980, 143 ss., spec. 146; CARDILLI, *Praestare*, cit., 347 ss..

[24] Cfr. *supra*, cap. II § 2.

'rischio' e (l'obiettivo venir meno del)la prestazione[25]. Anzi, proprio il confronto con quest'ultimo passo consente di chiarire la logica sottostante il responso labeoniano:

— in D. 19. 2. 15. 2 e negli altri responsi serviani insieme ad esso esaminati[26], la ragione per la quale il *locator* sopportava il *damnum* causato dalla *vis cui resisti non potest* era il non aver portato a compimento (anche se non per sua colpa) la propria prestazione di consentire al conduttore l'*uti frui*, e la conseguenza era che egli non riceveva la *merces*;

— in D. 14. 2. 10 pr. il *conductor* sopporta il *damnum* causato dalla *mors mancipii* perché non ha portato a compimento (anche se non per sua colpa) la propria prestazione di condurre lo schiavo a destinazione, e la conseguenza è che egli non riceve la *vectura*.

La *merces*, che nel primo passo è condizionata dall'*uti frui*, nel secondo è condizionata dal trasporto dello schiavo a destinazione. Da un punto di vista strutturale, insomma, sembrerebbe potersi affermare che, in una *locatio mancipiorum vehendorum*, il (risultato del) trasporto è sullo stesso piano dell'*uti frui* di una *locatio fundi*.

La costruzione labeoniana non sembra criticabile[27] e, passando alla nota di Paolo, questa appare davvero pedante[28] — ma deve pre-

---

[25] E ciò anche se non si volesse tener conto della recente ricostruzione del CARDILLI, *Praestare*, cit., 347 ss., secondo il quale si tratterebbe in ogni caso di inadempimento (ma non nell'accezione di 'responsabilità' in senso moderno).

[26] *Supra*, cap. II § 2.6.

[27] Qualora questo passo venisse posto in relazione con Lab. 1 *pith.* D. 19. 2. 62 (così, ad es., KASER, *Periculum locatoris*, cit., 188; THOMAS, *Reflections on Building contracts*, cit., 682; W. ERNST, *Periculum conductoris. Eine gleichlaufende Gefahrtragungsregel bei den Verträgen der locatio conductio*, in *Festschrift H. Lange*, Stuttgart - Berlin - Köln 1992, 60), si potrebbe ritenere che la soluzione labeoniana di attribuire il *periculum* al conduttore sia stata abbandonata dalla giurisprudenza successiva. Parte della dottrina, infatti, rinviene nel secondo passo la testimonianza di una concezione del *periculum* nella locazione superata a partire da Sabino: rispetto alla costruzione di un *rivus faciendus* che venga distrutto da una *labes* prima della *probatio* da parte del committente, Labeone pone il *periculum* a carico del conduttore. Paolo critica la soluzione labeoniana, distinguendo tra l'ipotesi in cui ciò sia avvenuto per un *vitium soli*, da quella in cui sia dipeso da un *vitium operis*: nel primo caso il *periculum* è *locatoris*, nel secondo *conductoris*; ma il responso del giurista augusteo parrebbe porsi in contrasto con diversi passi della giurisprudenza successiva (Sab. fr. 96 LENEL = Iav. 5 *Lab. post.* D. 19. 2. 59; Iav. 8 *ex Cass.* D. 19. 2. 37; Afr. 8 *quaest.* D. 19. 2. 33; Flor. 7 *inst.* D. 19. 2. 36), nei quali le ipotesi di *vis maior* sono poste a carico del locatore. Un simile contrasto, almeno, è ravvisato da quella dottrina che interpreta la *labes* come un caso di *vis maior*: mi limito a ricordare HAYMANN, *Periculum est emtoris*, cit., 158; SECKEL - LEVY, *Gefahrtragung*, cit., 224; KASER, *op. ult. cit.*, 188 ss.;

sumibilmente essere letta nel generale atteggiamento di critica che abbiamo sopra evidenziato.

L'interpretazione delle figure negoziali descritte nel commento paolino non è del tutto agevole:

a) una prima teoria legge la morte dello schiavo non come *vis*, ma come *vitium rei*: Paolo avrebbe distinto tra la normalità dei casi, in cui la *merces* è dovuta comunque al *nauta*, e il caso specifico in cui il

---

MIQUEL, *Periculum locatoris*, cit., 186 s.; R. RÖHLE, *Das Problem der Gefahrtragung im Bereich des römischen Dienst- und Werkvertrages*, in «SDHI» 34 (1968) 206; THOMAS, *op. ult. cit.*, 680 ss.; M. PIETSCH, *Die Abnahme im Werkvertragsrecht. Geschichtliche Entwicklung und geltendes Recht*, Hamburg 1976, 25; MOLNÁR, *Verantwortung und Gefahrtragung*, cit., 653 ss.; DE ROBERTIS, *La responsabilità contrattuale*, cit., II, 886 s. D'altra parte, però, è bene notare che nulla nel passo induce a qualificare la *labes* come *vis maior*. Potrebbe anche darsi che Labeone ritenga di attribuirla ad un lavoro di scavo mal realizzato, e dunque la faccia rientrare nell'*opus*: in questo senso, esprimeva dei dubbi già ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale* [2], cit., 189 s.; cfr. anche ALZON, *Les risques*, cit., 331 nt. 66; più netta la posizione del CANNATA, *Per lo studio della responsabilità per colpa*, cit., 219 ss., e del WUBBE, *Labeo zur Gefahrtragung im Bauvertrag*, cit., 134 ss. Oppure, potrebbe darsi che Labeone abbia consapevolmente evitato di distinguere il *vitium operis* dalla *vis maior*, ritenendo che, nel caso di specie, sarebbe stato difficile distinguere le cause della *labes* (*vitium soli* o *vitium operis*); e che pertanto egli abbia ritenuto di ricondurre il *periculum* al conduttore in considerazione del fatto che terreno e *opus* erano nella sua sfera di controllo tecnico: in questo senso, MARTIN, *The Roman Jurists and the Organization of Private Building*, cit., 90 ss., spec. 92; RAINER, *Bauvertrag*, cit., 518 ss., spec. 523 (mi sembra possano avvicinarsi a questa linea le proposte del CARDILLI, *Praestare*, cit., 337 ss., per il quale la giustificazione dell'attribuzione del *periculum* al conduttore sarebbe legata ad un indistinto 'star garante' dell'*artifex* rispetto al compimento dell'opera; e dell'ERNST, *Periculum conductoris*, cit., 60 ss., spec. 74, il quale pensa ad una «undifferenzierte, fast noch archaische Regel» labeoniana, affinata dai giuristi successivi). Accogliendo queste due ultime possibilità interpretative, la soluzione di D. 19. 2. 62 non appare più in contrasto con le testimonianze successive. Ma credo che lo stesso raffronto tra il passo e D. 14. 2. 10 pr. debba essere impostato con grande cautela: Labeone potrebbe aver risolto le due questioni tenendo conto dei differenti contesti, e dunque secondo regole diverse. D'altra parte, riterrei che la regola di D. 14. 2. 10 pr. non sia stata mai messa in discussione dalla giurisprudenza successiva: in primo luogo, va notato che ancora Ulp. 32 *ad ed.* D. 19. 2. 15. 6, in un'ipotesi di contratto di trasporto, segue una soluzione analoga (cfr. ALZON, *op. cit.*, 334 nt. 77; WUBBE, *op. ult. cit.*, 144 e nt. 60; ERNST, *op. cit.*, 67); in secondo luogo, la stessa nota di Paolo non pone in discussione la soluzione di Labeone, ma si limita ad affermare che, quando è diverso l'assetto di interessi, mutano le conseguenze della *mors mancipii* (cfr. *infra*).

[28] Tanto che per questo motivo taluno ha addirittura sospettato il ricorrere di una interpolazione: cfr. HAYMANN, *Periculum est emtoris*, cit., 155 s.; ID., *Zur Klassizität des periculum emptoris*, cit., 407 nt. 3, e *supra*, nt. 13; cfr. anche KASER, *Periculum locatoris*, cit., 188. Per il BETTI, *Periculum*, cit., 189, sarebbe interpolata solo la porzione di testo *quod si* — fine.

dominus dello schiavo si sia riservato di pagare solo per i *mancipia* che fossero giunti a destinazione[29];

b) secondo altri, la morte dello schiavo costituirebbe una *vis*, ma Paolo avrebbe distinto non tra due diversi assetti di interessi (*locatio mancipiorum vehendorum / conductio navis*), bensì — mantenendosi all'interno della prima figura contrattuale — semplicemente tra due differenti criteri di determinazione della *merces*: in proporzione agli schiavi caricati o in proporzione agli schiavi riconsegnati al porto d'arrivo[30]. Questa diversa modalità di determinazione della *vectura* avrebbe avuto l'effetto di spostare temporalmente il momento del passaggio del *damnum*: prima del carico, esso sarebbe sopportato dal conduttore; dopo, dal locatore[31]. Paolo, in altre parole, avrebbe privilegiato «un contenuto dell'*oportere ex fide bona* del trasportatore essenzialmente di 'comportamento' e non più di 'risultato'»[32];

c) per altri ancora, il giurista severiano avrebbe distinto tra una *locatio mancipiorum vehendorum* (rispetto agli schiavi *deportati*) e una *conductio* (rispetto agli schiavi *impositi*) dell'intera nave[33] o di singoli *loca* della stessa[34].

Tra le tre soluzioni[35], l'ultima mi sembra preferibile per vari ordini di ragioni.

---

[29] HUVELIN, *Études d'histoire du droit commercial romain*, cit., 93.

[30] Così RÖHLE, *Gefahrtragung*, cit., 216; CARDILLI, *Praestare*, cit., 349. Nessuno dei due autori è esplicito nel qualificare come *locatio mancipiorum vehendorum* entrambi i rapporti, ma la loro posizione risulta evidente tanto per la terminologia usata (il *nauta* è sempre *conductor* e il proprietario dello schiavo è sempre *locator*), sia per la sostanza della ricostruzione. Vicina a questa posizione potrebbe essere la lettura dell'ALZON, *Location des entrepôts*, cit., 76 nt. 380, per il quale Paolo avrebbe sostenuto che «est due tout de même» la *vectura* per lo schiavo «donné à transporter»; ma l'a. giunge a questa conclusione non tenendo in alcun conto la prima parte della nota di Paolo.

[31] RÖHLE, *Gefahrtragung*, cit., 216: «vor dem Beladen des Schiffes trägt der *conductor*, danach der *locator* die Gefahr der Gegenleistung»; cfr. CARDILLI, *Praestare*, cit., 349 nt. 81.

[32] CARDILLI, *Praestare*, cit., 349.

[33] Così già VIVIANI *casus* ad D. 14. 2. 10. pr.; cfr. anche Fr. PRINGSHEIM, *Id quod actum est*, in «ZSS» 78 (1961) 29; BETTI, *Periculum*, cit., 189; ID., *Gefahrtragung*, cit., 4; ID., *Istituzioni*, cit., II. 1, 175 nt. 1; 222 nt. 13; 498; 425 s.; FORMIGONI, Πιθανῶν *a Paulo epitomatorum libri VIII*, cit., 58 ss.

[34] Così THOMAS, *Carriage by Sea*, cit., 496 e nt. 26.

[35] Le proposte interpretative sono in realtà almeno quattro, perché secondo L. R. MÉNAGER, *'Naulum' et 'receptum rem salvam fore'. Contribution à l'étude de la responsabilité contractuelle dans les transports maritimes, en droit romain*, in «RH» s. IV, 37 (1960) 404 nt. 160, il rapporto sarebbe in entrambi i casi un contratto di trasporto, ma non privatistico, bensì imposto dall'«état»: «la question posée par Paul opère une distinction entre les esclaves que l'état impose aux *nautae* de transporter ... et ceux qui sont frappés d'une *de-*

Rispetto ad *a)* deve rilevarsi come nulla, nel passo, induca a ritenere che la valutazione labeoniana della morte dello schiavo quale *vis* — che è indubbia: altrimenti si arriverebbe al paradosso che il *nauta* debba sopportare il danno per un *vitium* dello schiavo trasportato — sia stata mutata da Paolo. In realtà, la lettura in discorso sembra influenzata da quella tendenza a ricondurre i casi di *vis* ad ipotesi di *vitium*, che avevamo già riscontrato nell'esegesi di D. 19. 2. 15. 2.

La proposta *sub b)* non sembra poter essere accolta per motivi terminologici e sostanziali. Innanzitutto, come vedremo più avanti, nel § 2 del medesimo frammento Paolo usa il verbo *imponere* per indicare delle *amphorae* trasportate in un contesto negoziale che è senz'altro quello della *conductio navis* — anzi, per l'esattezza, della *conductio* dei *loca* della nave[36]. Ma, soprattutto, qualora Paolo avesse davvero trasformato la prestazione del *conductor* in una obbligazione di comportamento, anziché di risultato, ne risulterebbe non solo un contrasto vivissimo con la proposizione di Labeone — che nei *pithana* è raro e nel caso specifico non sembra ravvisabile: si tratta piuttosto di un 'distinguo'[37] —, ma anche una strutturazione del rapporto di locazione marittima più vicina allo schema della *locatio* cd. *operarum* che a quello della *locatio* cd. *operis* — il che costituirebbe, nelle fonti a nostra disposizione, un *unicum*, ed è pertanto assai improbabile[38].

In realtà Paolo, distinguendo tra l'ipotesi della *merces* computata sul numero di schiavi caricati — che dunque non è suscettibile di modificazioni per eventi che impediscano l'arrivo dei *mancipia* a destinazione — e l'ipotesi della *merces* calcolata sul numero di schiavi che pervengano al porto di arrivo — che invece è chiaramente condizio-

---

portatio in insulam. La teneur du *responsum* invite fort à penser que les conditions faites au *nauta* pour le transport des déportés étaient loin de lui procurer le profit de la *vectura* des *imposita mancipia*». La soluzione non mi sembra in alcun modo da accogliere perché non è suffragata da alcun elemento presente nel passo. Allo stesso modo, mi sembra frutto di una incomprensione del testo la lettura di A. J. M. MEYER-TERMEER, *Die Haftung der Schiffer im griechischen und römischen Recht*, Zutphen 1978, 183 nt. 19, per il quale Paolo avrebbe affermato «dass Frachtgeld für die an Bord gebrachten Sklaven bezahlt werden musste, wobei es nicht erheblich war, dass ein oder mehrere Sklaven ihren Bestimmungsort nicht erreicht hatten, da sie unterwegs gestorben waren».

[36] Rispetto all'uso di *portare* nel medesimo passo, cfr. *infra*, § 1.3.

[37] Cfr. *supra*, quanto detto in generale sul rapporto tra il testo di Labeone e il commento di Paolo.

[38] Sui possibili assetti di interessi in un contratto di locazione marittima (*locatio rerum vehendarum, conductio navis, conductio locorum navis*) cfr. per tutti THOMAS, *Carriage by Sea*, cit., 496 s.

nata da simili eventi — appare chiaramente contrapporre due diversi assetti di interessi. Il differente criterio di determinazione della mercede, infatti, non può non mutare radicalmente il complesso dei rapporti tra le parti, sia rispetto all'imputazione dei rischi del tragitto, sia rispetto alla prestazione del *nauta*. Pertanto l'unica spiegazione verisimile dell'alternativa posta dal giurista severiano è che egli, riferendosi all'*id quod actum est*[39], intenda opporre alla univoca soluzione di Labeone la necessità di una distinzione tra l'ipotesi in cui il *nauta* si sia obbligato semplicemente a mettere la nave (o singoli *loca* della stessa) a disposizione del *dominus* — l'ipotesi, cioè, di una *conductio navis* (o *locorum navis*) — e il caso in cui il *nauta* si sia obbligato a trasportare gli schiavi sino a destinazione — ossia una *locatio mancipiorum vehendorum*.

Naturalmente, posto quanto rilevato nell'esame di D. 19. 5. 1. 1, è impossibile pensare che Labeone non avesse presenti entrambe le possibilità negoziali. Ma occorre considerare la differente ispirazione dell'una e dell'altra opera, e quindi il fatto che l'intento problematico e pratico giustificato nei *libri ad edictum* doveva essere abbandonato nei *pithana*. Nel primo caso, Labeone si poneva innanzitutto il problema dell'*actio* da scegliere e delle difficoltà di una decisione obiettivamente ardua (o impossibile). Nel secondo, egli non prospettava dubbi interpretativi, ma parlava senz'altro di *conductio mancipiorum vehendorum*, fornendo senza insicurezze la soluzione al caso. Anzi, è probabile che lo stesso Paolo conoscesse il passo di Labeone riportato da Papiniano, perché non può non notarsi, nel periodo finale di D. 14. 2. 14 pr., una sorta di replica implicita alla scelta labeoniana dell'*actio civilis in factum*. La soluzione proposta da Paolo per superare il dubbio non sembra infatti essere la stessa di Labeone in D. 19. 5. 1. 1 — come pure è stato sostenuto[40] —, quanto piuttosto un tentativo di ricondurre le fattispecie dubbie alla tutela dell'*actio locati* attraverso una presunzione che favorisce il *nauta*.

---

[39] Sul passo in questa prospettiva, che in questa sede non è necessario approfondire, cfr. PRINGSHEIM, *Id quod actum est*, cit., 29.

[40] Dalla FORMIGONI, Πιθανῶν *a Paulo epitomatorum libri VIII*, cit., 62, secondo la quale Paolo suggerirebbe «di impostare il problema in termini di *factum*, cioè sul mero fatto dell'*impositio*, dunque, al *nauta*, di richiedere un'*actio in factum*».

2.3. *Le prestazioni delle parti nel contratto di locazione della nave (D. 14. 2. 10. 2).*

Che Labeone avesse presente entrambi gli assetti di interessi descritti in D. 19. 5. 1. 1, risulta chiaramente dal § 2 del medesimo frammento:

> Lab. 1 *pith. a Paulo epit.* D. 14. 2. 10. 2: si conduxisti navem amphorarum duo milium et ibi amphoras portasti, pro duobus milibus amphorarum pretium debes. *Paulus*: immo si aversione navis conducta est, pro duobus milibus debetur merces: si pro numero impositarum amphorarum merces constituta est, contra se habet: nam pro tot amphoris pretium debes, quot portasti.

Scrive Labeone: nel caso in cui sia stata *conducta* una nave capace di portare duemila anfore, e siano state con essa trasportate delle anfore, si dovrà pagare un *pretium* per duemila anfore. Ma Paolo obietta: in realtà, se è stata *conducta* la nave nella sua interezza (*aversione*), la *merces* sarà dovuta per duemila anfore; ma se la *merces* è stata stabilita in relazione al numero di anfore caricate (*impositae*), il *pretium* sarà dovuto per quelle effettivamente trasportate.

La fattispecie descritta da Labeone è, ci viene detto espressamente, una *conductio navis*, e la 'massima' che il giurista augusteo stabilisce al riguardo è del tutto diversa da quella di D. 14. 2. 10 pr. Non che le fattispecie siano perfettamente comparabili: nel *principium* si discuteva della necessità o meno del pagamento nell'ipotesi di intervento di una *vis*; nel § 2 si dice semplicemente che, nel caso di conduzione di una nave capace di trasportare duemila anfore, non importa quante anfore siano state effettivamente trasportate, perché la *merces* sarà sempre calcolata su duemila anfore[41]. Ma è evidente che, nella seconda ipotesi, qualora alcune anfore non giungessero a destinazione, il locatore della nave non ne sopporterebbe comunque alcun danno.

Il criterio di attribuzione del rischio che Labeone avrebbe verisimilmente adottato nel caso della *conductio navis* è, dunque, del tutto diverso da quello che avevamo analizzato nell'ipotesi della *locatio mancipiorum vehendorum*. Ma ci consente di rileggere l'equazione che

[41] Tanto che G. VON BESELER, *Einzelne Stellen*, in «ZSS» 43

avevamo a suo tempo[42] instaurato tra *uti frui* e 'risultato', non fra ipotesi tra loro lontane (la *locatio fundi* di di D. 19. 2. 15. 2 e il contratto di trasporto di D. 14. 2. 10 pr.), bensì all'interno del medesimo contesto economico.

Il passo qui esaminato, infatti, mostra chiaramente che l'assetto di interessi realizzato dalle parti comporta un pagamento per la semplice messa a disposizione della nave, e non per il numero di anfore ivi trasportate. Nel frammento non si menziona, è vero, l'*uti frui*; ma sarebbe difficile ravvisare in questa messa a disposizione della nave una fattispecie strutturalmente diversa da quella della messa a disposizione di un fondo, di un'*insula*, di un *balneum*. E allora mi sembra di poter ritenere che — contrariamente alla fattispecie della *locatio mancipiorum vehendorum*, in cui il pagamento della *merces* è condizionato al pervenire degli schiavi trasportati a destinazione — nell'ipotesi della *conductio navis* la *merces* sia dovuta *pro duobus milibus amphorarum* perché il proprietario della nave ha comunque garantito il godimento di una nave di una certa portata. Godimento che coincide con la possibilità del trasporto (Labeone precisa: *et ibi amphoras portasti*), non rilevando a tal fine né il numero delle anfore effettivamente caricate, né il numero di quelle giunte a destinazione.

Labeone, insomma, distingueva chiaramente tra i due assetti di interessi, sia sotto il profilo delle obbligazioni delle parti, sia sotto il profilo del *periculum* rilevante in ciascuno. E ciò, da un lato, aiuta a relativizzare — come, credo, era nelle intenzioni di Labeone — il πιθανόν elaborato dal giurista augusteo in D. 14. 2. 10 pr.; dall'altro permette di non esagerare la portata della relativa critica di Paolo.

Quest'ultimo compie un altro 'distinguo', differenziando le soluzioni a seconda che la nave sia stata *conducta aversione*, oppure che la *merces* sia stata stabilita *pro numero impositarum amphorarum*.

Rispetto all'interpretazione della prima ipotesi non sorgono problemi particolari: si tratta di una conduzione della nave nel suo complesso.

La seconda potrebbe apparire problematica. Paolo scrive che la *merces* è dovuta *pro tot amphoris ..., quot portasti*. Si tratta forse di una

---

[42] Cfr. *supra*, § 1.2.

locatio amphorarum vehendarum[43]? Io credo di no: in D. 14. 2. 10 pr., Paolo aveva chiaramente (anche se implicitamente) assoggettato la *locatio mancipiorum vehendorum* alle stesse regole elaborate da Labeone, ossia aveva attribuito al *nauta* la responsabilità per il carico non giunto a destinazione; è impossibile pensare che ora egli si contraddica così gravemente. Né può ritenersi che il *portare* del § 2 abbia lo stesso valore del *deportare* del *principium*. Anzi, è proprio il preverbio perfettivizzante *de-*, che trasforma l'aspetto verbale dal durativo al momentaneo (non solo 'trasportare', ma 'trasportare da un luogo ad un altro'), ad attestare chiaramente la differenza semantica tra i due termini[44]: nel *principium* la *merces* è calcolata su quanti schiavi giungano a destinazione, nel § 2 su quante anfore siano state caricate e trasportate, giungano o meno al porto d'arrivo.

In realtà, anche la seconda fattispecie di D. 14. 2. 10. 2 consiste in una *conductio navis*, ma verisimilmente in una *conductio* dei *loca navis*, ossia di un'area della nave riservata al conduttore: Paolo distingue l'ipotesi in cui il padrone delle anfore abbia preso in locazione l'intera nave — e pertanto deve pagare la *merces* per la sua capienza, a prescindere da quante ne abbia effettivamente caricate — dall'ipotesi in cui ne abbia preso in locazione solo una parte, calcolata sulle *amphorae impositae* — e pertanto deve pagare in proporzione alle anfore effettivamente caricate e trasportate. Va ricordato, peraltro, che entrambi gli assetti di interessi sono accostati e contrapposti in un altro passo di Paolo: ... *at si non totam navem conduxerit, ex conducto aget, sicut vectores, qui loca in navem conduxerunt* ... (Paul. 34 *ad ed.*D. 14. 2. 2 pr.).

Ancora una volta, come si vede, il commento di Paolo non è una critica radicale delle proposizioni labeoniane, ma una mera individuazioni di scenari alternativi. La sua soluzione non è diversa da quella di Labeone, ma semplicemente più circostanziata. Il giurista severiano, così come quello augusteo, sostiene che, in una *conductio navis*, il *dominus amphorarum* deve pagare la *merces* per le *amphorae* caricate, e

---

[43] Così ALZON, *Location des entrepôts*, cit., 242, seguito da ROBAYE, *L'obligation de garde*, cit., 64 e nt. 14.

[44] Per questo valore del *de-* mi limito a rinviare a LEUMANN - HOFMANN - SZANTYR, *Lateinische Grammatik*, cit., II, 263 s. e, soprattutto, ad A. TRAINA - B. BERNARDI PERINI, *Propedeutica al latino universitario*[5], Bologna 1995, 214 ss. È da notare che il VON BESELER, *Einzelne Stellen* (1922), cit., 541, riteneva possibile tradurre il *portare* di *ibi portasti* non solo come 'transportieren', ma anche come 'aufladen'.

non per quelle che giungano a destinazione; l'unica differenza tra le due prospettive è la precisazione che, nel caso di *conductio* dei *loca navis*, sarà dovuta una *merces* proporzionata alle anfore effettivamente caricate, e non a quelle che la nave potrebbe in astratto caricare.

Non solo, ma questa sostanziale uniformità di vedute si accorda anche — nonostante la relativa coincidenza tra le fattispecie — con il commento di Paolo a D. 14. 2. 10 pr.: nella *locatio mercium vehendarum* la *vis* è sopportata dal *nauta*-conduttore; nella *conductio navis* (o *locorum navis*) dal *dominus*-conduttore.

2.4. *Una locazione marittima 'mista' in D. 14. 2. 10. 1?*

Concluso l'esame dei casi più semplici, possiamo passare all'analisi di una fattispecie alquanto complessa, conservata nel medesimo frammento dei *pithana*:

> Lab. 1 *pith. a Paulo epit.* D. 14. 2. 10. 1: si ea condicione navem conduxisti, ut ea merces tuae portarentur easque merces nulla nauta necessitate coactus in navem deteriorem, cum id sciret te fieri nolle, transtulit et merces tuae cum ea nave perierunt, in qua novissime vectae sunt, habes ex conducto locato cum priore nauta actionem. *Paulus*: immo contra, si modo ea navigatione utraque navis periit, cum id sine dolo et culpa nautarum factum esset. idem iuris erit, si prior nauta publice retentus navigare cum tuis mercibus prohibitus fuerit. idem iuris erit, cum ea condicione a te conduxisset, ut certam poenam tibi praestaret, nisi ante constitutum diem merces tuas eo loci exposuisset, in quem devehendas eas merces locasse<s>[t][45], nec per eum staret, quo minus remissa sibi ea poena spectaret. idem iuris in eodem genere cogitationis observabimus, si probatum fuerit nautam morbo impeditum navigare non potuisse. idem dicemus, si navis eius vitium fecerit sine dolo malo et culpa eius.

Tu è *conductor* di una nave governata da un *nauta-locator*. L'accordo concluso tra le parti prevede che il *nauta* trasporti le *merces* di *Tu*; ma il *nauta*, senza alcuna necessità, e pur sapendo che *Tu* è contrario, trasferisce le merci su una nave peggiore (governata da un secondo *nauta*). Questa seconda nave perisce con tutto il suo carico, e Labeone afferma che *Tu* potrà agire *ex conducto locato* con il primo *nauta*.

[45] Su questa correzione cfr. *infra*, nt. 78.

Paolo nota che vi sono dei casi in cui *Tu* non potrebbe agire: quando durante quella navigazione, senza dolo o colpa dei *nautae*, l'una e l'altra nave siano perite; quando il *prior nauta* sia stato detenuto *publice* e gli sia stato impedito di navigare con le merci del *dominus*; quando le parti abbiano stabilito una penale per il caso in cui le merci non fossero state consegnate nel luogo di destinazione, con la precisazione che, se il ritardo non fosse stato imputabile al *nauta*, la *poena* gli sarebbe stata rimessa; quando per il *nauta* sia stata impossibile la navigazione a causa di una malattia; quando la nave abbia subìto avarie non imputabili al *nauta* né a titolo di dolo, né di colpa.

Ai nostri fini, il problema principale posto dal passo è relativo alla qualificazione giuridica del rapporto.

La fattispecie discussa da Labeone sembra essere quella della *conductio navis* (*si ... navem conduxisti*), ma l'assetto di interessi realizzato dalle parti appare contenere una *condicio*, e cioè che il *nauta* trasporti le *merces* — «ad aliquem locum», come aggiunge la Glossa[46]. Viene il dubbio che alla *conductio navis* si accompagni una *locatio mercium vehendarum*, e il dubbio aumenta proseguendo nella lettura: se il *nauta* — ben sapendo che il *dominus* è contrario e senza alcuna *necessitas* — trasferisce le merci in una nave diversa e peggiore, e questa nave perisce, il *dominus* delle merci potrà agire *ex conducto locato* con il primo *nauta*.

Ex conducto locato: questa «strana»[47] espressione ricorre, in altri passi[48], ad indicare in astratto, e senza riferimenti all'una o all'altra parte del contratto, le azioni che possono nascere da un rapporto di locazione. Ma qui il soggetto dell'*agere* è ben definito, ed è sempre lo stesso, il *dominus*. E allora dovremo ritenere:

— o che l'espressione sottintenda un rinvio ad una sola *actio*, *ex conducto* o *ex locato*, e che la peculiare locuzione sia stata originata da un'interpolazione[49] o da una sineddoche dello stesso Labeone[50];

---

[46] Gl. *si ea conditione*, ad D. 14. 2. 10. 1.

[47] Così il METRO, *La sublocazione dell'opus faciendum*, cit., 345 nt. 35.

[48] Ulp. 28 *ad ed.* D. 13. 6. 5. 12; Ulp. 31 *ad ed.* D. 50. 14. 2 pr. Unico caso analogo a quello in esame, in cui però non è da escludere un rinvio generico a tutte le azioni derivanti da locazione, è Ulp. 28 *ad ed.* D. 19. 2. 5: *si tibi habitationem locavero, mox pensionem remittam, ex locato et conducto agendum erit.*

[49] Per alcuni, l'*actio* sarebbe *ex conducto*: DE MARTINO, *Lex Rhodia*, cit., 133; R. RÖHLE, *Zur Frage der sogenannten Verdrängenden Verursachung im römischen Recht*, in «SDHI» 31 (1965) 310. Per altri, *ex locato*: METRO, *La sublocazione dell'opus faciendum*,

— oppure che i rapporti siano due, e che pertanto (come affermava Servio in D. 19. 2. 35. 1, rispetto alla locazione dei fondi[51]) alle parti spettino l'una e l'altra azione, a diverso titolo.

Quest'ultima soluzione — ipotizzata anche dal Cujas[52] — mi pare la più persuasiva. Mi sembra, in altre parole, che vi siano motivi per pensare non ad un unico rapporto — *conductio navis*[53] o *locatio mercium vehendarum*[54] — ma a (un rapporto economico unitario, che giuridicamente si scinde in) due contratti per i quali si agisce con due distinte azioni. Una simile combinazione di assetti di interessi potrebbe infatti essere finalizzata a una migliore tutela del proprietario delle merci che fosse interessato a scegliere la nave[55] — e, anzi, il passo lascia chiaramente comprendere che nel caso in questione il *dominus*

---

cit., 345 nt. 35. Per G. VON BESELER, *Einzelne Stellen*, in «ZSS» 47 (1927) 365, sarebbe interpolata l'intera espressione.

[50] Pensano, in questa prospettiva, ad un'*actio ex conducto*, CUIACII *Observationes*, III. 2, in *Opera*, cit., III, 57. B; GOTHOFREDI *Corpus iuris civilis*, cit., ad D. 14. 2. 10. 1, ed. cit., 226 nt. 61. Ad un'*actio ex locato*: F. DUARENI *Commentaria, in tit. Ad leg. Rhodiam de iactu*, cap. IV, in *Opera omnia*, Francofurti 1607, 973; FABRI *Rationalia*, ad D. 14. 2. 10. 1, ed. cit., IV, 39. In ogni caso, non mi sembra possibile accettare — come apparirà più chiaro in seguito: cfr. *infra*, cap. VI § 4 — l'affermazione dello SCHULZ, *Classical Roman Law*, cit., 543 s., di una completa irrilevanza della terminologia per le parti del contratto.

[51] Serv. fr. 29 LENEL = Afr. 8 *quaest.* D. 19. 2. 35. 1: *agam tecum duabus actionibus, una ex conducto, altera ex locato: locati enim iudicio mea pars propria, conducti autem actione tua dumtaxat propria in iudicium venient.* Su questo passo cfr. *infra*, cap. IV § 6.

[52] CUIACII *Observationes et emendationes*, III. 2, in *Opera*, cit., III, 57. B. Il Cujas, come si è detto (cfr. *supra*, nt. 50) propone entrambe le soluzioni, ed anzi — a proposito della prima — richiama come esempi di sineddoche (*ex empto vendito* per *ex empto*) Iul. 25 *dig.* D. 18. 4. 19; Ulp. 23 *ad ed.* D. 19. 1. 33 (dove però mi sembra che il rinvio sia generico, alle azioni di compravendita) e Varr. *re rust.* 2. 2. 6. Ma poi aggiunge: «verum aliter in ea lege inita est locatio: nam vector onus vehendum dedit, hic autem navem utendam accepit: atque adeo conductor hoc casu est, illo locator».

[53] Come ipotizzano R. VON JHERING, *Kritisches und exegetisches Allerlei*, in «Jher. Jb» 15 (1877) 396; DE MARTINO, *Lex Rhodia*, cit., 108, 134; J.-F. GERKENS, *'Aeque perituris ...' Une approche de la causalité dépassante en droit romain classique*, Liège 1997, 241 s. (cfr. anche CANNATA, *Locatio horrei*, cit., 242 s.; RÖHLE, *Zur Frage der sogenannten Verdrängenden Verursachung*, cit., 310).

[54] Così METRO, *La sublocazione dell'opus faciendum*, cit., 345 e nt. 35.

[55] Il MÉNAGER, *'Naulum' et 'receptum rem salvam fore'*, cit., 388, ha esattamente rilevato che «d'hypothèse mise en avant par Labéon est celle d'un contrat de transport à propos duquel le marchand a exigé que le fret soit chargé sur un bateau déterminé», ma ritiene che comunque il rapporto consista in una *locatio conductio navis*.

mercium voleva proprio quella nave (è da notare la precisazione *cum id sciret te fieri nolle*[56]).

D'altra parte, una simile combinazione di assetti d'interessi è attestata anche in un altro passo di Labeone (Lab. 5 *post. a Iav. epit.* D. 19. 2. 60. 8), nel quale si discute del caso in cui il proprietario di alcune merci abbia preso in locazione un *vehiculum* allo scopo di farvi trasportare il suo carico (*onus portare*) fino ad una certa destinazione (*secum iter facere*): dovendo essere attraversato un ponte, il *redemptor* del ponte[57] esige un *portorium* dal *vehicularius*[58], e allora ci si chiede se si sarebbe dovuto pagare il *portorium* anche per il solo *vehiculum*. Il giurista risponde che il *mulio* è tenuto a pagare se, al momento della conclusione del contratto, era a conoscenza del fatto che sarebbe passato su quel ponte[59]: egli, cioè, afferma — come insegnava la dottrina intermedia — che il pedaggio deve essere diviso tra il *dominus vehiculi* e il *dominus mercium*, i quali devono pagare ciascuno per il proprio bene[60]; il

[56] E non c'è alcun bisogno di pensare, al riguardo, ad una interpolazione, come invece propongono BESELER, *Einzelne Stellen* (1927), cit., 365; DE MARTINO, *Lex Rhodia*, cit., 133; NIEDERMEYER, *Studie zu den wissenschaftilichen Grundlagen*, cit., 450.

[57] Su questa figura come concessionario dell'uso di un bene pubblico cfr., in relazione al passo qui discusso, S. J. DE LAET, *Portorium*, Brugge 1949, 365 nt. 3; J. L. MURGA, *Las acciones populares en el municipio de Irni*, in «BIDR» 88 (1985) 238 nt. 77; ID., *La ganancias ilícitas del magistrado municipal a tenor del c. 48 de la lex Irnitana*, in «BIDR» 92-93 (1989-1990) 3 nt. 6; ID., *La 'popularidad' de las acciones en las leyes municipales de la Betica*, in «RIDA» s. III, 38 (1991) 240 nt. 40.

[58] Così ACCURSIUS, gl. *ab eo* ad D. 19. 2. 60. 8 (cfr. gl. *daturus*).

[59] Lab. 5 *post. a Iav. epit.* D. 19. 2. 60. 8: *vehiculum conduxisti, ut onus tuum portaret et secum iter faceret: id cum pontem transiret, redemptor eius pontis portorium ab eo exigebat: quaerebatur, an etiam pro ipsa sola reda portorium daturus fuerit. puto, si mulio non ignoravit ea se transiturum, cum vehiculum locaret, mulionem praestare debere.*

[60] Cfr. gl. *rheda* ad D. 19. 2. 60. 8: «id est, vehiculo. pro aliis enim rebus constat carrucarium non posse cogi praestare portorium»; BARTOLI A SAXOFERRATO *In secundam Digesti veteris partem commentaria*, ad D. 19. 2. 60. 8, ed. Venetiis 1615, 127*r*: «passagium quod solvit pro vehiculo, solvit dominus vehiculi. Quod vero solvit pro rebus ibi positis, solvit dominus rerum»; cfr. anche DOMAT, *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, I. 4. 8. 11, ed. cit., I, 102 s. Non difforme è l'interpretazione dei Basilici e dei relativi scolii: Bas. 20. 1. 60. 8 (SCHELTEMA, A. III, 997): ὁ μισθῶν ὑποζύγιον καὶ εἰδὼς τὴν ὁδὸν ἔχουσαν τελῶνας αὐτὸς βαρεῖται τοῦ ὑποζυγίου τῷ τέλει; sch. Κυρίλλου. ὁ μισθώσας (15) ad loc. (SCHELTEMA, B. III, 1208): ὁ μισθώσας λεκτίκιον καὶ τὸ ὑπὲρ αὐτοῦ τελωνικὸν ἀπαιτεῖται, εἰ εἴδῃ, διὰ ποίας ὁδοῦ λαμβάνει αὐτὸ ὁ μισθωσάμενος. La *quaestio* posta a Labeone, in altre parole, sarebbe stata la seguente: il *portorium* era previsto anche (*etiam*) per il solo carro, oppure esclusivamente per le merci? E, pertanto, il *dominus vehiculi* deve contribuire o meno al pagamento del *portorium*? Naturalmente, questa lettura fa sorgere il sospetto di un rimaneggiamento del testo; e forse non era del tutto fuori strada G. VON BESELER, *Unklassische Wörter*, in «ZSS» 56 (1938) 58, quando proponeva una congetturale restituzione del passo nella quale il salto di una porzione di testo potrebbe spiegarsi come un omeoteleuto: *quaerebatur, an <portorium praestare deberes. Labeo ait interesse an> etiam pro ipsa sola reda portorium daturus fuerit.* Mi sembra, però, che una simile solu-

tutto, come parrebbe mostrare il rilievo dato alla *scientia* del *mulio*, in considerazione del principio della *bona fides*[61].

Il profilo del passo per noi interessante è legato al fatto che l'accordo delle parti è presentato come una *locatio vehiculi* (*vehiculum conduxisti*; *cum vehiculum locaret*; e in questo senso è interpretata anche dagli *antecessores* bizantini[62]), ma che d'altra parte, così come in D. 14. 2. 10. 1, al contratto è aggiunta una clausola (*ut onus tuum portaret et secum iter faceret*) che trasforma la prestazione del *dominus vehiculi* in una fattispecie più complessa, in cui alla *locatio redae* si aggiunge una *conductio mercium vehendarum*[63]. È, anzi, solo in virtù di quest'ultima che può essere addebitato al *dominus vehiculi* il pagamento di una parte del *portorium* — non certo in considerazione della mera *locatio redae*[64].

---

zione interpretativa sia comunque preferibile a quella della romanistica più recente, la quale ha affermato che secondo Labeone il proprietario del veicolo avrebbe dovuto pagare «lui même» (ALZON, *Location des entrepôts*, cit., 231 nt. 1074 e 243; ROBAYE, *L'obligation de garde*, cit., 171, del quale è la citazione). Questa lettura, infatti, da un lato non dà conto dell'*etiam* del penultimo periodo, che depone per una spesa sostenuta 'anche', e non 'soltanto' per la sola *reda* (e infatti l'*etiam* è tralasciato nella traduzione che del testo dà il ROBAYE, *op. ult. cit.*, 171 nt. 54: «la question était de savoir si le conducteur devait payer ce péage pour son seul véhicule»). Dall'altro, essa non considera che il passo di Labeone costituisce, tutto sommato, una relativa eccezione a un regime in cui, normalmente, sono le *merces* ad essere oggetto di dazio, e non gli *instrumenta itineris*: cfr., al riguardo, [Quint.] *decl. min.* 359: *praeter instrumenta itineris omnes res quadragensimam publicano debeant*, su cui cfr. per tutti DE LAET, *Portorium*, cit., 425 ss.; come nota quest'ultimo a. (*ibid.*, 428 nt. 3), il passo di Labeone ridimensiona la regola, in accordo con alcune iscrizioni africane (CIL, VIII, 10327-10328) e galliche (CIL, XII, 1082).

[61] Questa lettura mi sembra preferibile a quella, proposta dal VIGNERON, *La conception originaire de la 'locatio conductio' romaine*, cit., 516, secondo la quale Labeone si sarebbe limitato semplicemente a interpretare «la volonté présumée des parties».

[62] Cfr. Bas. 20. 1. 60. 8 (SCHELTEMA, A. III, 997); sch. Κυρίλλου. ὁ μισθώσας (15) ad loc. (SCHELTEMA, B. III, 1208), riportati *supra*, nt. 60.

[63] Cfr. anche, ma con i limiti legati alla loro interpretazione dei profili processuali (cfr. *infra*, nt. 65), ALZON, *Location des entrepôts*, cit., 231 nt. 1074 e 243; ROBAYE, *L'obligation de garde*, cit., 171.

[64] Va sottolineato, però, che la combinazione tra i due assetti d'interessi potrebbe essere una soluzione esclusivamente labeoniana, non accolta dai giuristi successivi. In Scaev. 7 *dig.* D. 19. 2. 61. 1, ad esempio, si fa il caso di una *conductio navis* nella quale vengono caricate delle merci *ut de provincia Cyrenensi Aquileiam navigaret* (sc. *navis*): qualora la nave carica sia trattenuta nella provincia di Cirene per nove mesi, e poi scaricata e confiscata, il conduttore è tenuto a pagare? Il giurista risponde che, per come è stato presentata la *quaestio*, è tenuto. La soluzione di Scevola è chiaramente orientata nel senso di una cd. *locatio rei*: sappiamo che ancora nell'età di Ulpiano, nell'ipotesi di contratto di trasporto, la *vis maior* è posta a carico del trasportatore (cfr. Ulp. 32 *ad ed.* D. 19. 2. 15. 6, su cui cfr. brevemente *supra*, nt. 27); l'opposta soluzione di richiedere comunque al proprietario delle merci il pagamento della *merces* è concepibile solo in una rappresentazione del rapporto come conduzione della nave: non è un caso che si parli di *navem conducere*, e che il proprietario delle merci sia denominato *conductor*. Ma con questa prospettiva diviene difficile conciliare la frase *ut de provincia Cyrenensi Aquileiam navigaret*, che parrebbe una vera e

In questa prospettiva interpretativa[65], tentiamo di ricostruire il ragionamento di Labeone in D. 14. 2. 10. 1.

Il primo rapporto è una *conductio navis*: il proprietario della nave — secondo quanto rilevato rispetto a D. 14. 2. 10. 2 — deve pre-

---

propria *lex locationis* relativa a un contratto di trasporto, analogamente a quelle individuate nei passi di Labeone; ed è strano l'utilizzo di una espressione come '*vectura*', che è normalmente usata per indicare la mercede di un contratto di trasporto. Io credo che al riguardo siano formulabili due ipotesi. (*a*) Innanzitutto, potrebbe darsi che Scevola intenda ricondurre le locazioni 'miste' ad unità, ritenendo preminente lo schema della *locatio rei*. In tal caso, potremmo concludere che le soluzioni contenute nei passi di Labeone non abbiano avuto fortuna nella giurisprudenza successiva, e in tal senso potrebbe forse deporre anche la testimonianza di Ulp. 14 *ad ed.* D. 4. 9. 3. 1 (sempre quando lo si ritenesse genuino: cfr., per l'interpolazione, F. M. DE ROBERTIS, *Receptum nautarum*, Bari 1952, 108 e 110), che ammette l'esperibilità dell'*actio ex conducto* in una *conductio navis* per il perimento delle *res* (cfr. anche CANNATA, *Locatio horrei*, cit., 242; non può dirsi lo stesso per Paul. 34 *ad ed.* D. 14. 2. 2 pr., richiamato dal medesimo a., perché qui l'*actio ex conducto* è indirizzata agli altri *vectores*), anche se credo che il profilo della *custodia* delle *res*, come obbligazione accessoria del *locator navis*, debba essere tenuta distinta dall'obbligazione del *conductor operis* di raggiungere un determinato 'risultato'. (*b*) Oppure potremmo ritenere che Scevola si trovasse in difficoltà nella ricostruzione del negozio, e — come nel caso di D. 19. 5. 1. 1 — non sapesse discernere esattamente i termini dell'accordo delle parti. In tal caso, potremmo concludere che già Scevola, come più tardi Paolo in D. 14. 2. 10. 2, ritenesse che in caso di dubbio tra gli assetti d'interessi non si dovesse dare un'*actio in factum* (come affermava Labeone), ma il rapporto dovesse essere ricostruito come una cd. *locatio rei*. Accettando l'ipotesi *sub b*), naturalmente, non vi è motivo di confinare al pensiero di Labeone la figura delle locazioni 'miste'.

[65] Per inciso, è bene ricordare che l'ipotesi del negozio misto è stata già avanzata dall'ALZON, *Location des entrepôts*, cit., 242 s., seguito dal ROBAYE, *L'obligation de garde*, cit., 63 s., ma in una formulazione che non può essere accettata. I due studiosi, infatti, non si sono limitati a rilevare, in D. 14. 2. 10. 1, il ricorrere di due forme di locazione, ma hanno anche affermato che, in simili ipotesi, il pretore non avrebbe concesso due azioni, bensì una sola (indifferentemente *ex locato* o *ex conducto*), in quanto il giudice avrebbe potuto comunque tener conto di tutti gli aspetti del contratto in virtù del principio della *bona fides*: «il va de soi que le préteur n'aura nullement besoin de délivrer les deux actions puisque le juge, en vertu de la bonne foi, pourra tenir compte de tous les aspects du contrat» (ALZON, *op. ult. cit.*, 240 s.; cfr. anche *ibid.*, 244 e ROBAYE, *op. ult. cit.*, 170. Una simile lettura, a mio avviso, non riesce a dar conto di passi come D. 19. 5. 1. 1, che non sono comprensibili se non nella necessità di individuare, tra l'*actio locati* e l'*actio conducti*, quella adeguata al caso (e ciò sia rispetto alla posizione del problema, sia rispetto al ricorso ad una *actio civilis in factum* in caso di dubbi insuperabili): l'Alzon ha ritenuto tanto banale la distinzione tra *conductio navis* e *locatio mercium vehendarum* da concludere che D. 19. 5. 1. 1 non si riferisca a questa distinzione (*op. ult. cit.*, 241 nt. 1118), bensì a quella tra «contrat mixte de transport ... considéré comme une *locatio rei*» e «contrat de transport ordinaire ... qui est une *locatio operis*» (*op. ult. cit.*, 244 nt. 1130). Ma è agevole notare come — nella stessa logica della teoria di questo autore — se davvero il giudice potesse, sulla base della *bona fides*, giudicare del rapporto in tutti i suoi aspetti a prescindere dal tipo di *actio* utilizzata (*locati* o *conducti*), allora egli non dovrebbe avere difficoltà nemmeno in caso di dubbio tra contratto 'misto' e contratto 'ordinario', e non si spiegherebbe comunque la scelta dell'*actio in factum*.

stare al conduttore (proprietario delle merci) il godimento della nave locata. Nel caso specifico, il godimento della nave doveva essere rappresentato dal fatto che in essa erano caricate le merci del conduttore. Rispetto a questo assetto di interessi, il trasbordo da una nave all'altra, qualitativamente peggiore[66], costituisce di per sé un inadempimento, e il nauta sarà tenuto *ex conducto*.

Il secondo rapporto è una *locatio mercium vehendarum*: il *nauta* è conduttore, e deve garantire al locatore (proprietario delle merci) il trasporto delle mercanzie fino al porto di destinazione. Poiché il carico affonda, il conduttore è responsabile per il suo comportamento, sia nel senso che non ha compiuto la sua prestazione, sia nel senso che, perdendo le merci, ha causato un danno al locatore. In questo caso, il conduttore risponderà *ex locato*[67].

In una simile combinazione di rapporti, la piena tutela del *dominus mercium* è ottenibile solo agendo *ex conducto* ed *ex locato* — e forse non è un caso che Labeone, assecondando l'ordine in cui presenta le due fattispecie, inverta la consueta formula *ex locato conducto*[68]. Con l'una e l'altra azione, il proprietario delle merci agirà per l'inadempimento (mancato godimento della nave; mancato trasporto delle merci); con l'*actio locati* agirà per il danno della perdita del carico.

Rispetto al profilo della *locatio mercium vehendarum*, è opportuno ricordare che in un responso di Labeone conservato da Ulpiano (Lab. fr. 294 LENEL = Ulp. 32 *ad ed.* D. 19. 2. 13. 1[69]) — generalmente considerato paral-

---

[66] Per il DE MARTINO, *Lex Rhodia*, cit., 134, *deteriorem* sarebbe interpolato (al posto di *aliam*): Labeone avrebbe inteso escludere «dai poteri del *nauta* quello di trasferire il carico su una nave diversa, a prescindere da ogni valutazione di colpa». Ma mi sembra che invece la precisazione delle caratteristiche della nave si inserisca bene nella logica del giurista — oltre a legarsi al *si minus idoneae navis* di D. 19. 2. 13. 1, su cui *infra*. Sembrerebbe, insomma, potersi dedurre dal tenore del passo che, per Labeone (come più tardi per Ulpiano: cfr. Ulp. 32 *ad ed.* D. 19. 2. 9 pr.), l'eventuale messa a disposizione di una nave qualitativamente analoga potesse non comportare una responsabilità del *prior nauta*.

[67] Sempre che non sia possibile estendere a Labeone la responsabilità per *custodia* posta da Ulpiano a carico del *locator navis* (cfr. D. 4. 9. 3. 1, su cui *supra*, nt. 64); ma non abbiamo elementi al riguardo.

[68] Cfr. i passi citati *supra*, nt. 48.

[69] Lab. fr. 294 LENEL = Ulp. 32 *ad ed.* D. 19. 2. 13. 1: *si navicularius onus Minturnas vehendum conduxerit et, cum flumen Minturnense navis ea subire non posset, in aliam navem merces transtulerit eaque navis in ostio fluminis perierit, tenetur primus navicularius? Labeo, si culpa caret, non teneri ait: ceterum si vel invito domino fecit vel quo non debuit tempore aut si minus idoneae navi, tunc ex locato agendum.* Il frammento è stato spesso so-

lelo a D. 14. 2. 10. 1, se non addirittura originato dalla stessa *quaestio*[70] — la medesima fattispecie viene descritta unicamente in termini di contratto di trasporto: un *navicularius*, conduttore di *merces vehendae* fino al porto di Minturno, non potendo risalire (*subire*) il *flumen Minturnense*, trasborda le merci in un'altra nave[71], ma la nave perisce alla foce del fiume. È responsabile il *primus navicularius*? Labeone risponde che, se manca la *culpa*, questi non è responsabile. Ma diverso è il caso in cui il *navicularius* abbia agito contro la volontà del *dominus*, o in un momento inadatto, oppure su una (seconda) nave meno idonea.

Nonostante la differente cifra 'stilistica'[72], le somiglianze tra i due testi sono notevoli. In entrambi i casi ci si interroga sulla responsabilità del *prior nauta / primus navicularius* per aver trasbordato (*transtulit / transtulerit*) delle merci da una nave all'altra; in D. 14. 2. 10. 1 si afferma la responsabilità del *nauta* per aver trasferito le merci in una nave peggiore (*deterior*) contro la volontà del *dominus mercium* (*cum id sciret te fieri nolle*); in D. 19. 2. 13. 1 si esclude la responsabilità, salvo il caso in cui le merci siano state trasferite su una nave meno adatta (*minus idonea*) o contro la volontà del *dominus* (*invito domino*)[73]. Le uniche differenze tra i passi sono date dal fatto che nel secon-

---

spettato, soprattutto in passato, di interpolazioni, ma la sua genuinità è ormai generalmente ammessa: cfr. nel primo senso (oltre la generica critica di SECKEL - LEVY, *Gefahtragung*, cit., 247 nt. 2), G. VON BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, I, Tübingen 1910, 50 (*si culpa caret; ceterum — agendum*); III, cit., 13 (aggiunge *Minturnense; ea; non teneri*); SCHULZ, *Die Haftung für das Verschulden*, cit., 51 s. (*si culpa caret, non teneri; ceterum; vel ... vel quo — tunc*); MAYER-MALY, *Locatio conductio*, cit., 33 (*Minturnense; ea; tenetur primus navicularius; si culpa caret; ceterum; auut si minus idoneae navi*); J. C. VAN OVEN, *Actio de recepto et actio locati*, in «TR» 24 (1956) 146 (*si culpa caret*); THOMAS, *Carriage by Sea*, cit., 503 (*si culpa caret; aut minus idoneae navi*); A. GUARINO, *Magister e gubernator navis*, in «Labeo» 11 (1965) 40 nt. 36 (*aut si minus idoneae navis*); DE FALCO, *Diligentiam praestare*, cit., 77 ss. (*si culpa caret; ceterum — agendum*). Per la genuinità si pronunciano invece, con buoni argomenti, ROBAYE, *L'obligation de garde*, cit., 90; KNÜTEL, *Die Haftung für Hilfspersonen*, cit., 417, 324 (in particolare su *si culpa caret*); CARDILLI, *Praestare*, cit., 354 ss.; nonché MACCORMACK, *Custodia and culpa*, cit., 200 s. e nt. 148; C. A. CANNATA, *Una casistica della colpa contrattuale*, in «SDHI» 58 (1992) 423.

[70] Sul rapporto tra i due passi, cfr. per tutti LENEL, *Palingenesia*, cit., I, 544 nt. 1; DE MARTINO, *Lex Rhodia*, cit., 132 ss.; GIARO, *Excusatio necessitatis*, cit., 112; KNÜTEL, *Die Haftung für Hilfspersonen*, cit., 416; BRETONE, *Storia*, cit., 297 ss.; METRO, *La sublocazione dell'opus faciendum*, cit., 344 ss.; CARDILLI, *Praestare*, cit., 356 nt. 105; contrario sembra essere il CANNATA, *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano*, cit., 203 nt. 242.

[71] Realizzando una sublocazione del trasporto ad un secondo *nauta*, secondo il METRO, *La sublocazione dell'opus faciendum*, cit., 344 ss., ma non mi sembra che i passi consentano di raggiungere al riguardo alcuna certezza.

[72] Cfr. BRETONE, *Storia*, cit., 298.

[73] Sembra peraltro doversi scartare l'ipotesi che ravvisa nel passo una responsabilità *ex recepto* (THOMAS, *Carriage by Sea*, cit., 502): cfr. per tutti ALZON, *Location des entrepôts*, cit., 90 nt. 443; G. C. J. J. VAN DEN BERGH, *Custodiam praestare*, in «TR» 43 (1975) 69; KNÜTEL, *Die Haftung für Hilfspersonen*, cit., 416.

do testo si aggiunge il requisito del *tempus* sbagliato e, soprattutto, si precisa che il *nauta* ha trasferito il carico sulla scorta di una necessità (*cum flumen Minturnense navis ea subire non posset*)[74], mentre in D. 14. 2. 10. 1 si afferma che questi era *nulla necessitate coactus*.

Su quest'ultimo punto i due passi sono in netto contrasto, e la soluzione più semplice per comporre il dissidio potrebbe essere quella di pensare ad una interpolazione di *nulla necessitate coactus*[75]. Ma potremmo anche pensare che la differenza tra i due testi dipenda dalla maggiore aderenza del responso al caso concreto, rispetto alla maggiore astrattezza della 'massima' contenuta nei *pithana*; e che lo stesso Labeone, in D. 14. 2. 10. 1, abbia inteso sottintendere che, quando vi fosse stata una necessità (come nell'ipotesi di D. 19. 2. 13. 1), non vi sarebbe stata responsabilità del *prior nauta*.

Passando brevemente al commento di Paolo[76], basterà rilevare che, salvo il primo caso — che sembra avere lo scopo di mettere in crisi il nesso di causalità tra il comportamento negligente del *nauta* e l'evento[77] —, in esso vengono enumerati tutta una serie di impedimenti che rendono il comportamento del *nauta* 'necessitato', e pertanto, in assenza di una *culpa* ulteriore, escludono una sua responsabilità.

Il profilo maggiormente problematico del commento di Paolo è rappresentato dal periodo *idem iuris erit, cum ea condicione a te conduxisset, ut certam poenam tibi praestaret, nisi ante constitutum diem merces tuas eo loci ex-*

---

[74] Anche se è probabilmente errata l'identificazione di questa 'necessità' (su cui cfr. in generale GIARO, *Excusatio necessitatis*, cit., 172) con una *vis maior* (così invece SECKEL-LEVY, *Gefahrtragung*, cit., 247; VAN DEN BERGH, *Custodiam praestare*, cit., 69), essendo più corretto pensare semplicemente ad un «inadeguato pescaggio dell'imbarcazione» (CARDILLI, *Praestare*, cit., 354), occorre precisare che questa seconda lettura non deve comunque far ricondurre l'impossibilità ad una negligenza del conduttore — come pure potrebbe accadere, posto che il rapporto è una *locatio mercium vehendarum*. In tal caso, infatti, non si spiegherebbe la *ratio* dell'esonero della responsabilità del *navicularius* nel caso in cui manchi una sua *culpa*. Piuttosto, sembra più corretto pensare ad una necessità tecnica (ad es. una inidoneità della prima imbarcazione alla navigazione fluviale) 'esterna' al *navicularius* e non riconducibile alla sua sfera comportamentale.

[75] Come aveva già proposto il DE MARTINO, *Lex Rhodia*, cit., 133.

[76] Rispetto al quale non mi sembrano giustificati i sospetti di interpolazione della parte *cum id sine dolo et culpa* — fin., avanzati dal NIEDERMEYER, *Studie zu den wissenschaftilichen Grundlagen*, cit., 450 ss., né della frase *idem iuris erit, si prior nauta — prohibitus fuerit*, itp. per il RÖHLE, *Gefahrtragung*, cit., 219 nt. 163.

[77] Sul problema, cfr. da ultimo GERKENS, *Aeque perituris*, cit., 249 ss.; cfr. anche, variamente, NIEDERMEYER, *Studie zu den wissenschaftilichen Grundlagen*, 451 s.; KNÜTEL, *Die Haftung für Hilfspersonen*, cit., 416 s. (per il BESELER, *Einzelne Stellen* [1927], cit., 365 s., la frase sarebbe interpolata).

posuisset, in quem devehendas eas merces locasse<s>[t][78], *nec per eum staret, quo minus remissa sibi ea poena spectaret.*

Secondo alcuni studiosi[79], la fattispecie andrebbe ricostruita sopprimendo l'esordio *idem iuris erit* e legando l'ipotesi della clausola penale all'impedimento 'pubblico' di navigare (che la precede immediatamente): il *nauta*, impossibilitato a partire, avrebbe chiesto al *dominus mercium* di rimettergli la *poena* (*remissa sibi ea poena*), consentendogli di aspettare che l'impedimento abbia termine (*quominus spectaret* [*exspectaret*][80]); il *dominus* rifiuta la remissione ma, non essendo colpa del *nauta* (*nec per eum staret*), egli è giustificato per il trasbordo.

Altri hanno letto la frase in discorso come una sorta di premessa generale a tutte le altre ipotesi[81]: il *nauta*, che aveva promesso una *poena* nel caso di ritardo, si sarebbe visto impedito a navigare da un ordine dell'autorità pubblica, da una malattia, o da un *vitium* della nave; e allora, spinto dal timore della clausola penale, avrebbe compiuto il trasbordo. Secondo questa teoria sarebbe caduto un *nisi* davanti a a *remissa sibi ea poena* (è chiaro che, se fosse stata rimessa la *poena*, il nauta non sarebbe stato costretto al trasbordo), per cui l'ultima frase dovrebbe essere così ricostruita: se la *poena* non è stata rimessa (<*nisi*> *remissa sibi ea poena*), il *nauta* non risponde per aver aspettato (*nec per eum staret, quo minus spectaret*) e per aver trasbordato le merci.

---

[78] La *Florentina* ha *locasset,* e il verbo alla terza persona, secondo alcuni (VAN BYNKERSHOEK, *Observationes iuris Romani,* III. 12, in *Opera,* cit., I, 83; JHERING, *Kritisches und exegetisches Allerlei,* cit., 396 s.), potrebbe avere come soggetto il *nauta* ed alludere ad una sublocazione delle *merces vehendae.* Tuttavia, il *conducere,* l'*exponere* e il *locare* sembrano tutti riferirsi al momento della conclusione del rapporto tra il *dominus mercium* e il *prior nauta,* in cui non era prevista alcuna sublocazione (cfr. *infra,* in testo). Sarà dunque meglio concludere che la lezione sia erronea, e stia per *locasses* — in questo senso, peraltro, la maggioranza della dottrina: la proposta di correzione è già nell'edizione di G. HALOANDRII (MELTZER) *Corpus iuris civilis,* ed. Parisiis 1548, II, 377, ed è ricordata dal MOMMSEN (ed.), *Digesta Iustiniani Augusti* (ed. mai.), cit., I, 422; cfr. CUIACII *Observationes et emendationes,* III. 2, in *Opera,* cit., III, 57. C; FABRI *Rationalia,* ad. D. 14. 2. 10. 1, ed. cit., IV, 39; BESELER, *Einzelne Stellen* (1927), cit., 365 s.; ALZON, *Location des entrepôts,* cit., 244 nt. 1130; GERKENS, *Aeque perituris,* cit., 242.

[79] JHERING, *Kritisches und exegetisches Allerlei,* cit., 392 ss. (ma cfr. già FABRI *Rationalia,* ad D. 14. 2. 10. 1, ed. cit., IV, 39).

[80] A questo riguardo, lo JHERING, *Kritisches und exegetisches Allerlei,* cit., 394 e 397, propone di seguire la lezione *exspectaret* del *Vaticanus* (Vat. Lat. 1406); in FABRI *Rationalia,* ad D. 14. 2. 10. 1, ed. cit., IV, 39, invece, si mantiene ferma la lezione della *Florentina,* ma si sostiene che i due verbi sarebbero sinonimi. Sul rapporto tra le due lezioni nella dottrina intermedia, mi limito a rinviare a VAN BYNKERSHOEK, *Observationes iuris Romani,* III. 12, ed. cit., 83 s., e soprattutto a GERKENS, *Aeque perituris,* cit., 234 ss.

[81] GERKENS, *Aeque perituris,* cit., 234 ss., spec. 238 s. Una proposta simile, ma assai meno argomentata, era già in HUVELIN, *Études d'histoire du droit commercial romain,* cit., 92.

A me sembra che — anche prescindendo dal fatto che entrambe costringono ad una modificazione del testo — tanto l'una quanto l'altra interpretazione forzino la lettera del passo. I tempi utilizzati da Paolo conferiscono ai verbi del brano un 'aspetto' ben distinto: da un lato, il *perfectum* (cong. ppf.: *conduxisset, exposuisset, locasses*) descrive un'azione 'compiuta' ed esaurita, ossia la costituzione del rapporto tra le parti; dall'altro, l'*infectum* (cong. impf.: *praestaret, staret, spectaret*) esprime un'azione 'incompiuta', che si sviluppa al di fuori di una precisa determinazione temporale, ossia descrive gli effetti della clausola penale: in realtà, non solo *praestaret*, ma anche *staret* e *spectaret* sono retti da *ut* e rientrano nel contenuto della clausola.

In altre parole, mi sembra necessario rendere il passo come segue: 'vi saranno i medesimi effetti giuridici (ossia l'impossibilità di agire) nel caso in cui un *nauta* avesse condotto da *Tu* delle *merces vehendae*, con la promessa di pagargli una *poena* se entro una data stabilita non avesse trasportato le *merces* fino al luogo indicato dal locatore, ma anche con l'accordo che la *poena* gli fosse rimessa (*remissa sibi ea poena*) se non fosse dipeso da lui l'aver dovuto attendere (*nec per eum staret quo minus ... spectaret*)'.

Seguendo questa lettura, l'esempio della clausola penale viene posto sullo stesso piano di tutti gli altri, ed è possibile conservare l'esordio *idem iuris erit*. Ma, soprattutto, non è più necessario pensare che Paolo rilegga l'intera fattispecie (da *immo contra* alla fine) come una *locatio mercium vehendarum*[82]: rispetto agli altri esempi, infatti, non abbiamo elementi per giudicare la veste giuridica assunta dall'accordo delle parti.

Al di là dell'*immo contra (si)*[83], che introduce la nota paolina, non c'è dunque alcuna reale contraddizione con le affermazioni di Labeone: in D. 14. 2. 10. 1 il giurista augusteo esaminava un caso in cui non solo non vi era stata alcuna *necessitas*, ma nel comportamento del *nauta* era ravvisabile anche una *culpa*; in D. 19. 2. 13. 1, coerentemente, escludeva il *teneri* del *nauta* quando vi fosse stata una necessità, ma lo affermava quando fosse intervenuta una *culpa*. Nell'uno e nell'altro orientamento, Labeone è seguito da Paolo[84].

---

[82] Così invece JHERING, *Kritisches und exegetisches Allerlei*, cit., 396; GERKENS, *Aeque perituris*, cit., 241 s.

[83] Ph. MEYLAN, *La loi 23 Dig. 46. 4 et la notion de bilatéralité du contrat de vente chez Labéon*, in *Studi S. Riccobono*, IV, Palermo 1934, 288, notava una differenza tra *immo contra* e *immo contra si*: nel primo caso, Paolo intende marcare una 'opposition', nel secondo una 'rectification'.

[84] Nella mia prospettiva, l'enumerazione di Paolo si riduce ad un ampliamento casistico; al contrario, per la FORMIGONI, Πιθανῶν *a Paulo epitomatorum libri VIII*, cit., 67, il giurista severiano vorrebbe «introdurre una serie di situazioni che provano come la soluzione appena riferita (per quanto valida per il caso ipotizzato) non può considerarsi sempre un utile punto di riferimento».

2.5. *Conclusioni.*

I passi sin qui analizzati consentono di comprendere meglio la soluzione labeoniana ricordata in D. 19. 5. 1. 1, ossia la scelta di accordare un'*actio civilis in factum* nel caso in cui fosse *incertum* l'*id quod actum est* dalle parti di un contratto di locazione marittima.

Innanzitutto, le fonti hanno mostrato una notevole varietà di scelta tra diversi assetti di interessi, 'semplici' (*conductio navis*; *conductio* dei *loca navis*; *locatio mercium vehendarum*) e 'misti' (*conductio navis* e *locatio mercium vehendarum*, ma verisimilmente anche *conductio* dei *loca navis* e *locatio mercium vehendarum*). Cosicché appare impossibile pensare che Labeone, in D. 19. 5. 1. 1, stia tentando di superare una qualche difficoltà della giurisprudenza tardo-repubblicana di qualificazione dogmatica del contratto di trasporto come *locatio rei* o *locatio operis* — come pure è stato proposto[85]. Al contrario, di fronte ad un simile ventaglio di possibilità negoziali, è probabile che il giurista augusteo si stia preoccupando di individuare la tutela più adatta per il *dominus mercium*.

In secondo luogo, è apparso chiaro che ciascuna opzione negoziale corrisponde a esigenze commerciali particolari, in uno sforzo costante di adattamento delle soluzioni giuridiche al quadro economico. E che, conseguentemente, le diverse soluzioni non sono fra loro fungibili, ma al contrario appaiono fortemente caratterizzate. La prestazione del *dominus mercium* è sempre la medesima, ossia il pagamento della *merces*. Ma la prestazione del *nauta* varia, potendo andare da una semplice messa a disposizione dell'intera nave o di singoli *loca*, al compito di trasportare le *merces* fino ad una certa destinazione, o infine ad una combinazione dei vari assetti tra di loro.

Nell'ipotesi della *conductio* dell'intera nave, il *dominus mercium*-conduttore sarà obbligato a pagare la *merces* ogni volta che il *nauta*-locatore gli garantisca il godimento del bene, non rilevando in alcun modo l'effettivo uso che il conduttore faccia dell'imbarcazione (Lab. e Paul. D. 14. 2. 10. 2). Nell'ipotesi della *conductio* dei *loca navis*, la *merces* è invece commisurata allo spazio effettivamente occupato, ossia ancora una volta al godimento garantito dal locatore (Paul. D. 14. 2. 10. 2). In entrambi i casi, il locatore è tenuto a prestare l'*uti frui*: quando il mancato godimento non sia a lui imputabile, non otterrà la

---

[85] Cfr. HUVELIN, *Études d'histoire du droit commercial romain*, cit., 91 s.

merces (arg. *ex* Paul. D. 14. 2. 10 pr.); quando sia ravvisabile una sua *culpa*, sarà tenuto per l'*id quod interest* (arg. *ex* Lab. D. 14. 2. 10. 1).

Nell'ipotesi della *locatio mercium vehendarum*, il *dominus mercium*-locatore è obbligato a pagare la *merces* solo se il carico giunga effettivamente a destinazione (Lab. e Paul. D. 14. 2. 10 pr.). Qualora ciò avvenga per un evento non imputabile al *nauta*-conduttore, questi dovrà solo sopportare la perdita della *vectura* (Lab. e Paul. D. 14. 2. 10 pr.); altrimenti, se derivi da sua colpa, risponderà per l'*id quod interest* (arg. *ex* Lab. D. 14. 2. 10. 1; cfr. D. 19. 2. 13. 1)[86].

Nel caso di un rapporto 'misto', i due profili si intersecano, ma — ciò che per noi è più interessante — restano ben distinti sotto il profilo delle prestazioni delle parti, per cui ogni volta occorrerà agire con due azioni (Lab. D. 14. 2. 10. 1; cfr. D. 19. 2. 60. 8): *ex locato* ed *ex conducto*[87].

Proprio quest'ultima ipotesi, peraltro, permette di comprendere come sia possibile, talvolta, uno stato di assoluta incertezza circa il tipo di rapporto instaurato tra le parti (D. 19. 5. 1. 1). La combinazione delle prestazioni può essere tanto complicata da rendere impossibile non solo la scelta tra l'una e l'altra azione, ma addirittura il concorso di entrambe. In questo caso, quando ogni decisione potrebbe causare all'attore la perdita della lite, Labeone consiglia di utilizzare un'*actio*

[86] In questo senso, non mi pare ci sia alcuna contraddizione, neanche apparente, tra il *vectura non deberi* di D. 14. 2. 10 pr. e il *teneri* di D. 19. 2. 13. 1 (e, aggiungo, di D. 14. 2. 10. 1), come invece affermato dal CARDILLI, *Praestare*, cit., 355, per il quale la differenza tra le due ipotesi sarebbe determinata dalla diversità delle fattispecie, e in particolare dal fatto che «solo nel secondo caso si pone un problema di naufragio», e che dunque per questo motivo «come attesta a fortiori la stessa *exceptio* labeoniana in caso di *receptum* (D. 4. 9. 3. 1)», Labeone avrebbe escluso «un qualsiasi *teneri* del conduttore». In realtà, nel caso in questione non si pone alcun rapporto, neanche analogico, con la responsabilità *ex recepto* (cfr. anche *supra*, nt. 73), ma occorre distinguere tra assenza di pagamento della *merces* determinato dall'intervento di una *vis* (la morte dello schiavo), e risarcimento del danno causato da *culpa* del *nauta*.

[87] Non credo che possa essere posto sullo stesso piano della commistione tra *conductio navis* e *locatio mercium vehendarum*, il problema della natura della *locatio horrei*, come tendono a fare il CANNATA, *Locatio horrei*, cit., 242 ss. e l'ALZON, *Location des entrepôts*, cit., 240 ss.: nella *locatio horrei* e nella *conductio navis* può anche essere concepibile l'idea della locazione di una *res* «considerata ... in relazione alla sua efficienza per uno scopo», come ad es. avviene in D. 4. 9. 3. 1 (cfr. CANNATA, *op. ult. cit.*, 243 s.); ma nella *locatio mercium vehendarum* si realizza qualche cosa di più: non solo una responsabilità per *custodia*, ma anche l'obbligazione di condurre le *merces* a destinazione. Quanto si qui detto circa l'esistenza di contratti 'misti' nella locazione marittima (o nell'esempio della *reda* di D. 19. 2. 60. 8), perciò, non è necessariamente riferibile alla *locatio horrei* (come invece propone l'ALZON, *op. ult. cit.*, 245 ss.).

in factum che, con la sua particolare aderenza alla fattispecie, consenta di illustrare l'intero quadro dei rapporti.

Ai fini della nostra indagine, mi sembra che, in estrema sintesi, siano stati raggiunti due risultati. Innanzitutto, è certo che Labeone avesse consapevolezza della diversità dei vari assetti di interessi realizzabili nell'ambito di una locazione (marittima). In secondo luogo, le soluzioni date dal giurista consentono di affermare che, da un punto di vista strutturale, allo schema *merces-uti frui* della cd. *locatio rei* corrisponde lo schema *merces*-'risultato' della cd. *locatio operis*. La prestazione di *uti frui* e la prestazione di 'risultato' sembrano pertanto porsi strutturalmente sullo stesso piano.

Analizziamo meglio, dunque, il valore di questo 'risultato'.

3. LA DEFINIZIONE LABEONIANA DI 'OPUS LOCATUM CONDUCTUM' (D. 50. 16. 5. 1).

3.1. *Il testo e le interpretazioni della dottrina.*

> Lab. *ad ed.* fr. 10 LENEL = Paul. 2 *ad ed.* D. 50. 16. 5. 1: 'opere locato conducto': his verbis Labeo significari ait id opus, quod Graeci ἀποτέλεσμα vocant, non ἔργον, id est ex opere facto corpus aliquod perfectum.

Il frammento ha avuto una vicenda interpretativa piuttosto singolare.

Poiché nei manoscritti della *littera Bononiensis* si leggeva *opere legato conducto*, glossatori e commentatori hanno interpretato la testimonianza nel senso di un onere gravante sull'erede di realizzare, direttamente o indirettamente, un *opus* — «puta domum municipibus» —, e hanno concluso che l'erede, o il *conductor operis* da questi incaricato, potessero ritenersi liberati solo allorquando l'*opus* fosse stato *perfectum*[88]. A mia scienza, l'unica eccezione a questa lettura può essere rintracciata in Odofredo, il quale parla senz'altro di *opere locato*

---

[88] Cfr. per tutti ACCURSIUS, gl. *opere* ad D. 50. 16. 5. 1 (che richiama Ulp. 7 *ad leg. Iul. et Pap.* D. 50. 16. 139. 1; Gai. 3 *de leg. ad ed.* D. 35. 2. 80. 1; Ulp. 20 *ad ed.* D. 45. 1. 72. 1); ALBERICI DA ROSATE *Commentarii in secundam Digesti Novi partem*, ad D. 50. 16. 5. 1, ed. Venetiis 1585, 251*v*.

(et) conducto, affermando che nell'espressione «non intelligitur opus imperfectum, sed perfectum»[89].

Con gli umanisti, sulla base dell'*auctoritas* della *littera Florentina*, quest'ultima lettura è senz'altro accettata. Doneau[90] scrive che in una *locatio operis faciendi* l'obbligazione può dirsi adempiuta quando l'*opus* sia *perfectum* («quod dicunt ἀποτέλεσμα»), ossia «cum usui esse potest». Al contrario, per *opus factum* bisogna intendere l'*opus* che «inceptum sit et proponatur instar cuiusdam aedificii»: nozione, quest'ultima, che rileva nell'*operis novi nuntiatio*[91]. Cujas[92], a sua volta, afferma che in una *locatio operis faciendi*, con l'espressione *opus locatum conductum*, «significatur consummatio operis, ἐντέλεια, sive ut ait ἀποτέλεσμα, id est, ex opere facto corpus aliquod perfectum, non τὸ τύχον ἔργον, veluti impositio unius vel alterius caementi, opus inchoatum, imperfectum, informe».

Questa interpretazione dell'opposizione *opus factum* ~ *corpus perfectum* come '*opus* compiuto ~ incompiuto', che ancora può trovarsi nella giurisprudenza elegante olandese[93] e in Pothier[94] — comincia però ad essere abbandonata, già all'inizio dell'Ottocento, in Germania, per una diversa antitesi '*opus*-risultato ~ *opus*-attività'.

Per la verità, almeno in un primo tempo, e cioè fintantoché la cd. *locatio operis* continua ad essere concepita (insieme alla cd. *locatio operarum*) come una *species* del *genus* 'locazione di servigi'[95], il secondo termine di questa nuova opposizione sembra essere tutto sommato esterno al passo. Il Glück, ad esempio, richiama il frammento per illustrare l'uso «im eigentlichen Sinn» di *opus*, come «ein ganz vollendetes Werk», in opposizione ad una accezione lata di *opus* come *opera*, che

---

[89] Cfr. ODOFREDI *Lectura super Digesto Novo*, ad D. 50. 16. 5. 1, ed. Lugduni 1552, 172*v*.

[90] H. DONELLI *Commentaria in selectos quosdam titulos Digestorum*, ad D. 50. 16. 5. 1, in *Opera omnia*, XI, Lucae 1767, 1683 s. Va peraltro notato che Doneau continua ad accostare alla problematica del *contractus* quella del *legatum*, e a citare le medesime fonti richiamate dalla Glossa.

[91] Cfr. Ulp. 80 *ad ed.* D. 39. 1. 21. 3.

[92] CUIACII *In libros Pauli ad edictum*, ad D. 50. 16. 5. 1, in *Opera*, cit., V, 29 s.; anche Cujas richiama le fonti citate dalla Glossa (cfr. *supra*, nt. 88).

[93] Cfr. per tutti VOETII *Commentarius ad Pandectas*, ad D. 50. 16. 5. 1, ed. cit., I, 682.

[94] POTHIER, *Pandectae Iustinianae*, ad D. 19. 2, n. 25, ed. cit., I, 537, lo avvicina a D. 19. 2. 51. 1 per chiarire che l'*opus* deve essere *perfectum* (in ciò, evidentemente, collegandosi all'interpretazione degli umanisti), e spiega che ἔργον va inteso come «opus simpliciter, qualecumque» (*ibid.*, nt. *f*).

[95] Cfr. *infra*, cap. VII § 1.

però non sembra essere desunta dal testo[96]. E lo stesso atteggiamento troviamo in buona parte della pandettistica[97].

La prima utilizzazione del passo ai fini di una netta distinzione tra le due forme di locazione si ha con Dernburg, il quale — come vedremo meglio oltre[98] — critica la dottrina tradizionale che vede la cd. *locatio operis* come *species* della 'locazione di *operae*', sostenendo che nell'*opus* si debba riconoscere l'«ökonomischer Effect», raggiunto attraverso l'«Arbeit» del *conductor*[99]. Da questo momento in poi, con l'affermazione dell'autonomia della cd. *locatio operis* dalla cd. *locatio operarum*, il testo sarà quasi sempre interpretato nella prospettiva dell'opposizione tra *opus* e *opera*[100].

Mi pare, però, che il frammento non giustifichi l'interpretazione oggi corrente, almeno per due ragioni.

Innanzitutto per un motivo di carattere logico — che però, di per sé, non sarebbe probante —: la *communis opinio* sul passo costringe a pensare che Labeone abbia costruito una definizione in cui il *definiendum* si ritrova nella definizione stessa con un significato diverso: *opus locatum conductum* sarebbe il *corpus perfectum* 'risultato' dell'*opus factum* inteso come qualcosa di completamente diverso, ossia come la mera 'attività'. Una definizione, dunque, quantomeno anomala[101].

Ma soprattutto per un motivo di carattere terminologico, e cioè per il fatto che la lettura tradizionale si fonda sull'ingiustificato pre-

---

[96] GLÜCK, *Pandecten*, cit., XVII, 268 = *Pandette*, cit., XIX, 40 (§ 1044).

[97] Mi limito a citare F. L. VON KELLER, *Pandekten*, Leipzig 1861, 640 nt. 1 (§ 339); SINTENIS, *Das practische gemeine Civilrecht*, cit., II[3], 679 nt. 135 (§ 118); C. G. VON WÄCHTER, *Pandecten*, II, Leipzig 1881, 479 (§ 209).

[98] Cfr. *infra*, cap. VII § 1.

[99] H. DERNBURG, *System des römischen Rechts (Pandecten)*, II[8], Berlin 1912, 788 nt. 3 (§ 370). Cfr. però già MOLITOR, *Les obligations en droit romain*, cit., II, 245 (§ 612), il quale fa rientrare ancora la *locatio operis* nella generale locazione di 'faits', insieme alla *locatio operarum* (su questa bipartizione, cfr. *infra*, cap. VII § 1).

[100] Mi limito a ricordare C. LONGO, *La locatio-conductio*, cit., 129 s.; DE ROBERTIS, *I rapporti di lavoro*, cit., 14, 154; MARTINI, *Mercennarius*, cit., 19 ss.; MACQUERON, *Le travail des hommes libres*[2], cit., 27; BETTI, *Istituzioni*, cit., II. 1, 35 e nt. 7; ALZON, *Location des entrepôts*, cit., 228; KASER, *Das römische Privatrecht*, cit., I[2], 570; S. TONDO, *Note esegetiche sulla giurisprudenza romana*, in «Iura» 30 (1979) 55 s.; A. BISCARDI, *Quod Graeci 'apotelesma' vocant*, in «Labeo» 35 (1989) 169 ss.; MARTIN, *The Roman Jurists and the Organization of Private Building*, cit., 37; ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, cit., 393 s.; PUGLIESE, *Locatio-conductio*, cit., 601 nt. 17; TRISCIUOGLIO, *Sarcta tecta*, cit., 76 ss.

[101] Come deve riconoscere lo stesso BRASIELLO, *L'unitarietà* (1927), cit., 577 nt. 1: «caratteristico è il fatto che il giureconsulto dà alla parola, nello stesso passo e a breve distanza, due significati, di cui il secondo rientra nella definizione del primo».

supposto che i sostantivi ἀποτέλεσμα ed ἔργον significhino rispettivamente 'risultato' e 'attività'. Senonché, così facendo, si dimentica che gr. ἔργον non ha unicamente il significato di 'attività', ma anche quello di 'risultato' dell'attività stessa[102]: il termine ha in realtà una gamma di valori semantici estremamente simile a quella che si riscontra in latino per *opus*, tanto da tradurre addirittura, con ἔργον ἐστίν, l'epressione *opus est*. E di questa corrispondenza abbiamo una prova sicura sia in un passo di Plutarco, in cui si dice espressamente che lat. *opus* si traduce con gr. ἔργον (ὅπους ... ὀνομάζεται τὸ ἔργον[103]), sia nella resa costante di *opus* con ἔργον nei testi giuridici bizantini[104]: nel commento dei Basilici al nostro testo, ad esempio, la definizione labeoniana è resa affermando che nella locazione di un *opus* (ἔργον) occorre guardare al risultato (ἀποτέλεσμα)[105]; e, nel commento a D. 19. 2. 30. 3[106], *opus imperfectum* è reso con ἀτελὲς ἔργον[107].

Se questi argomenti, come mi sembra, hanno un valore, allora si rende necessaria una rilettura del testo.

Non mi pare, peraltro, che queste obiezioni siano superabili aderendo alle varianti proposte, rispetto alla teoria oggi dominante, dal Brasiello e dall'Amirante[108]. Questi studiosi, in armonia con le loro ricostruzioni generali, hanno tentato di spostare il centro del problema — per così dire — dall'attività alla *res*: nel passo non si parlerebbe di 'locazione d'opera', ma di

---

[102] Cfr. H. G. LIDDELL - R. SCOTT, *A Greek-English Lexicon*[9], Oxford 1996, 682 s.; cfr. in questo senso anche F. B. J. WUBBE, *'Opus' selon la définition de Labéon (D. 50, 16, 5, 1)*, in «TR» 50 (1982) 244 s.; TRISCIUOGLIO, *Sarcta tecta*, cit., 41 s. Rispetto all'utilizzazione di ἔργον in contesti locativi greci cfr. le fonti riportate e discusse da G. THÜR, *Bemerkungen zum altgriechischen Werkvertrag (Die Bauvergabeordnung aus Tegea, IG V/2, 6a)*, in *Studi A. Biscardi*, V, Milano 1984, 472 ss., e R. MARTINI, *Lavori pubblici e appalto nella Grecia antica*, in AA.VV., *I rapporti contrattuali con la pubblica amministrazione nell'esperienza storico-giuridica* (Atti Torino 1994), Napoli 1997, 37 ss. ss. (e, in particolare, 41 nt. 16, in cui si rileva esplicitamente come l'uso del termine ad indicare il 'risultato' si ponga in antitesi con la lettura tradizionale — che tuttavia l'a. mostra di seguire — di D. 50. 16. 5. 1).

[103] Plut. *Rom.* 16. 6.

[104] Oltre ai testi citati più avanti, cfr. Const. Arm. *Hex.* 3. 8.

[105] Bas. 2. 2. 5. 1 (SCHELTEMA, A. I, 21): ἐν τῇ τοῦ ἔργου μισθώσει τὸ ἀποτέλεσμα θεωρεῖται.

[106] Su cui cfr. *supra*, cap. II § 4.

[107] Bas. 20. 1. 30. 3 (SCHELTEMA, A. III, 991): ὁ ἐργολαβήσας οἰκοδομῆσαι τοῦ λαμβάνειν μισθὸν κατὰ τοσούσδε πόδας καὶ ἀτελοῦς ὄντος τοῦ ἔργου δύναται μετρεῖν. Cfr. anche sch. ἐμίσθωσά σοι οἶκον (7) ad loc. (SCHELTEMA, B. III, 1195).

[108] BRASIELLO, *L'unitarietà* (1927), cit., 579; AMIRANTE, *Ricerche*, cit., 79 s.; ID., *In tema di 'opus locatum'*, cit., 56 e 58 (seguito da SCHIAVONE, *Studi sulle logiche dei giuristi romani*, cit., 82 s.; ID., *Giuristi e nobili*, cit., 174 s.).

'locazione di un'opera', ossia del prodotto finale del lavoro dell'artefice. *Opus locatum conductum* sarebbe in altri termini non l'attività finalizzata a un risultato, ma solo l'oggetto (*corpus perfectum*) risultante dal lavoro (*ex opere facto*) dell'artefice. Come è facilmente intuibile, le critiche a questa ricostruzione — che distingue tra *opus* = oggetto materiale e *opus* = attività — finiscono per essere le medesime che si possono rivolgere alla teoria dominante.

In realtà, per superare i problemi terminologici in cui incorrono le ricostruzioni sinora ricordate, dovremmo ipotizzare che nella definizione di *opus locatum conductum* Labeone abbia utilizzato i termini greci in una accezione diversa da quella del linguaggio comune, mutuandoli ad esempio — come afferma lo Schiavone[109] — dal linguaggio aristotelico. Ma non sembra che ciò sia sostenibile. Nessuno dei passi dell'*ethica Nicomachea* indicati dallo Schiavone sembra discostarsi effettivamente dal significato usuale dei vocaboli. Nel primo testo si sostiene che ogni virtù perfeziona (ἀποτελεῖ) e rende buono il lavoro (τὸ ἔργον) di ciò cui pertiene[110]: è chiaro che qui ἔργον non indica necessariamente l''attività', ma può indicare anche il 'risultato' dell'attività stessa; anzi, è più probabile che si riferisca a quest'ultimo, perché la bontà di un lavoro si vede soprattutto nei risultati, piuttosto che nell'attività in sé e per sé considerata. Nel secondo, si afferma che l'opera (τὸ ἔργον) si perfeziona (ἀποτελεῖται) attraverso la saggezza e la virtù etica[111]: anche qui, ἔργον può significare tanto 'attività' quanto 'risultato dell'attività'; ma ancora una volta potrebbe apparire preferibile il secondo senso, perché l'intervento delle virtù non porta dall'attività al risultato (che potrebbe esserci comunque, anche se cattivo), ma fa sì che il risultato sia buono (come nel passo precedente). In altre parole, ammesso che in questi testi possa ritrovarsi il modello di Labeone[112], dovremmo concludere che l'opposizione tra ἔργον e ἀποτέλεσμα non sia tra 'attività (materiale)' e 'risultato (materiale) dell'attività', ma tra 'risultato' e 'risultato buono, positivo'.

Più distanti dall'interpretazione oggi corrente sono invece le ricostruzioni del Wubbe e del Pinna Parpaglia.

Il primo[113] ha rilevato, con estrema acutezza, che la frase *id est ex opere facto corpus aliquod perfectum* non deve necessariamente spiegare ἀποτέλεσμα — come in genere si ritiene — ma potrebbe benissimo spiegare ἔργον: quest'ultimo termine, infatti, nelle fonti greche avrebbe il significato di 'risultato materiale', contrapposto al valore maggiormente astratto di ἀποτέλεσμα come 'attività realizzata'. Labeone affermerebbe pertanto:

---

[109] SCHIAVONE, *Studi sulle logiche dei giuristi romani*, cit., 82 s. (cfr. anche ID., *Giuristi e nobili*, cit., 174 s.).

[110] Arist. *eth. Nicom.* 2. 6. 2 (1106*a* 15 ss.): ῥητέον οὖν ὅτι πᾶσα ἀρετή, οὗ ἂν ᾖ ἀρετή, αὐτό τε εὖ ἔχον ἀποτελεῖ καὶ τὸ ἔργον αὐτοῦ εὖ ἀποδίδωσιν (...).

[111] Arist. *eth. Nicom.* 6. 12. 6 (1144*a* 6 ss.): ἔτι τὸ ἔργον ἀποτελεῖται κατὰ τὴν φρόνησιν καὶ τὴν ἠθικὴν ἀρετήν.

[112] Ma cfr. al riguardo le critiche di BRETONE, *Tecniche e ideologie*², cit., 188 s.

[113] WUBBE, *'Opus' selon la définition de Labéon*, cit., 241 ss.

'quando leggiamo *opere locato conducto* non dobbiamo pensare che si faccia riferimento ad un alcunché di materiale risultante da un'attività, ciò che i greci chiamano ἔργον, ma piuttosto che ci si riferisca a ciò che i greci chiamano ἀποτέλεσμα, ossia ad un risultato anche non materiale'. In questo modo — sostiene l'a. — Labeone troverebbe il modo di ricondurre allo schema della *locatio operis* anche la locazione delle vesti al *fullo* o il contratto di trasporto, nei quali l'attività del conduttore non approda a nulla di materiale, ma giunge comunque a un risultato[114]. Tuttavia, i testi invocati dallo studioso[115] non sembrano giustificare un'opposizione di questo genere tra i due termini greci: (*a*) Polyb. 4. 78. 5 utilizza ἀποτέλεσμα per indicare la statua di Atena, esaltandone la perfezione dell'arte; ma la stessa statua, pur senza questo giudizio di valore, è chiamata nel passo ἔργον; (*b*) in Polyb. 2. 39. 11 e 2. 40. 1 ἀποτέλεσμα ed ἔργον sono messi sullo stesso piano (e mi sembra difficile sostenere che la concordia fra gli abitanti del Peloponneso sia un «objet visible et palpable»); (*c*) in Diod. 11. 11 e in Phil. Alex. *contempl.* 5 si incontra solo ἀποτέλεσμα (e rispetto al secondo passo, in cui si parla degli elementi naturali, l'a. deve ammettere che si tratta di un uso del termine «dans le sens concret d'object matériel»); (*d*) in Plut. *Lyc.* 30. 4 si paragona il fine (ἀποτέλεσμα) dell'arte ippica, e cioè ottenere dei cavalli docili e obbedienti, con l'opera (ἔργον) della scienza dei re, ossia il provocare l'obbedienza e la sottomissione negli uomini, ma non vedo come la seconda sia più 'materiale' della prima.

Il Pinna Parpaglia, da parte sua, ha ritenuto che il giurista[116] definisca l'*opus locatum conductum* non tanto come 'opera da farsi' quanto, piuttosto, come 'opera già fatta'. Il termine *opus* non indicherebbe, come di regola, un'attività rivolta allo scopo[117], ma una qualsiasi *res* prodotta (ἀποτέλεσμα) dall'attività (ἔργον) dell'uomo, e data in locazione[118]. Mi sembra tuttavia che la ricostruzione abbia dei limiti. Innanzitutto, anche in questo caso si dovrebbe presumere che il termine *opus* sia stato usato, nel passo, una prima

---

[114] Il profilo del 'risultato' è a mio avviso centrale nell'analisi del Wubbe; diversamente, per il TRISCIUOGLIO, *Sarcta tecta*, cit., 77 e nt. 7, l'a. porrebbe l'accento sul profilo dell''attività'.

[115] WUBBE, *'Opus' selon la définition de Labéon*, cit., 245 e ntt. 16-21.

[116] Che parrebbe essere, per il PINNA PARPAGLIA, *Vitia ex ipsa re*, cit., 147 ss., Paolo, e non Labeone.

[117] PINNA PARPAGLIA, *Vitia ex ipsa re*, cit., 154: *opus*, «quando diventa il diretto termine di riferimento di una locazione indica sempre l'attività rivolta a uno scopo, l'operazione tecnica che si svolge in vista del raggiungimento di un certo risultato».

[118] PINNA PARPAGLIA, *Vitia ex ipsa re*, cit., 149 nt. 40: non si parlerebbe di *opus locatum conductum*, ma di *opus locatum* e *opus conductum* nel senso di una *res*, risultato dell'attività umana (attività che avrebbe valore meramente storico, non rilevando nel contratto), che si dà in locazione. Mi pare sia questo il senso della ricostruzione del passo proposta dall'a., e non l'intendere ἀποτέλεσμα come l'attività materiale diretta alla esecuzione di una determinata opera, così come invece affermano VIGNERON, *La 'locatio conductio' secondo i romani*, cit., 367, e TRISCIUOGLIO, *Sarcta tecta*, cit., 77 nt. 7.

volta nell'espressione che costituisce il *definiendum*, per indicare una *res* (perché l'attività posta in essere per realizzarla, si ricordi, nel contratto non rileverebbe) e una seconda volta, per spiegare il *definiendum*, nella diversa accezione di attività. Labeone[119] direbbe, insomma, 'l'*opus locatum conductum* è quella cosa che risulta dall'*opus*'. In secondo luogo, appare alquanto peculiare una definizione in cui si spiega come *opus locatum* ciò che tutte le fonti chiamano *res locata* (ovvero *fundus*, *insula*, ecc.), e non ciò che i medesimi testi — e altrove lo stesso Labeone (Lab. 4 *post. Iav. epit.* D. 19. 2. 58. 1) — chiamano *opus*, ossia (non ciò che è stato fatto e che viene in seguito locato, ma) ciò che deve essere fatto in virtù di un contratto di locazione: non avrebbero alcun senso, in un simile isolamento, né la definizione di Labeone, né la sua ripetizione da parte di Paolo e il suo inserimento nel Digesto da parte dei compilatori.

3.2. *Esegesi di D. 50. 16. 5. 1.*

Nell'esame del frammento, occorre innanzitutto tener presente che Labeone sta definendo l'espressione *opus locatum conductum*, e non il termine *opus*. Sta definendo, cioè, un'applicazione specifica di un sostantivo che nella lingua latina ha varie significazioni, da 'attività, complesso di *operae*' a 'risultato (materiale o immateriale) dell'attività'. Lo scopo di Labeone sembra anzi essere proprio quello di chiarire il valore 'specifico' dell'espressione rispetto a quello 'generico'.

Nella definizione, il *genus* è rappresentato dall'espressione *id opus*. Labeone dice: 'con *opere locato conducto* si intende *id opus* (quell'*opus*, quel tipo di *opus*) che i greci chiamano ἀποτέλεσμα; non, invece, *id opus* (quell'*opus*, quel tipo di *opus*) che i greci chiamano ἔργον'. All'interno del *genus* '*opus*', insomma, Labeone individua due *species*: *quod Graeci* ἀποτέλεσμα *vocant*, e *quod Graeci* ἔργον *vocant*.

A questa (esplicita) distinzione tra ἀποτέλεσμα ed ἔργον, però, nel passo se ne aggiunge un'altra (implicita), e cioè quella tra *corpus perfectum* e *opus factum*. È chiaro infatti che, se il *corpus perfectum* è *ex opere facto*, deve essere da questo distinto.

Ora, la prima distinzione (ἀποτέλεσμα ~ ἔργον) e la seconda (*corpus perfectum* ~ *opus factum*) sono legate da *id est* — espressione che mira a significare evidentemente un qualche rapporto di identità tra i termini greci e quelli latini. Questo rapporto di identità coinvolge sicuramente l'espressione cui *id est* si lega, e cioè *corpus perfectum*, che pertanto deve necessariamente coincidere con uno dei due termini

[119] Ma cfr. *supra*, nt. 116.

greci (non sappiamo con quale: come si ricorderà, la dottrina maggioritaria propende per ἀποτέλεσμα, mentre il Wubbe per ἔργον). Non possiamo dire ancora se il rapporto di identità coinvolga anche *opus factum*[120].

Partiamo, per adesso, dal dato certo, e cioè dall'identità di *corpus perfectum* con ἀποτέλεσμα od ἔργον. Poiché i due termini greci sono assunti da Labeone come *species* del *genus* '*opus*', evidentemente anche *corpus perfectum* rientra nella nozione 'generica' di *opus*. E allora, se *corpus perfectum* = *opus*, ma ≠ *opus factum*, ciò che rileva nella distinzione *corpus perfectum* ≠ *opus factum* non è l'essere l'uno *corpus* e l'altro *opus*, bensì l'essere il secondo *factum* e il primo *perfectum*. *Corpus perfectum*, in altre parole, poteva dirsi anche *opus perfectum*; e ciò si accorda sia con il significato prevalentemente materiale di *opus*[121],

---

[120] In sostanza, possiamo immaginare le seguenti combinazioni. Innanzitutto, che ciascun termine greco corrisponda ad un'espressione latina: (*a*) (ἀποτέλεσμα = *corpus perfectum*) ≠ (ἔργον = *opus factum*); (*b*) (ἀποτέλεσμα = *opus factum*) ≠ (ἔργον = *corpus perfectum*). In secondo luogo, che l'*id est* leghi ἀποτέλεσμα a una sola delle due espressioni latine, per cui l'opposizione ἀποτέλεσμα~ἔργον non implica identità tra quest'ultimo e l'altra espressione latina: (*c*) (ἀποτέλεσμα = *corpus perfectum* ≠ *opus factum*) ≠ ἔργον; (*d*) (ἀποτέλεσμα = *opus factum* ≠ *corpus perfectum*) ≠ ἔργον.

[121] Se i miei calcoli non sono errati, il vocabolo dovrebbe ricorrere (una o più volte) in 207 frammenti del Digesto, tra i quali 22 riguardano un contratto di locazione. Fra questi, in 4 frammenti il termine è usato nel senso di 'complesso di attività' (l'espletamento di un'attività industriale o artigianale, dei lavori agricoli, dell'attività di medico, del pascolo del bestiame: Ulp. 23 *ad ed.* D. 9. 3. 5. 3; Gai. 10 *ad ed. prov.* D. 19. 2. 25. 3; Alf. 7 *dig.* D. 38. 1. 26 pr.; Call. 6 *de cogn.* D. 48. 15. 6. 1). Nei restanti 18 frammenti, il termine indica un oggetto materiale. Talora con certezza: Alf. 3 *dig. a Paulo epit.* D. 19. 2. 30. 3; Lab. 5 *post. a Iav. epit.* D. 19. 2. 60. 3-4; Iav. 8 *ex Cass.* D. 19. 2. 37 (si parla genericamente di *opus*, ma esso è *vi aliqua consumptum*, dunque deve essere materiale); Iav. 5 *Lab. post.* D. 19. 2. 59; Afr. 8 *quaest.* D. 19. 2. 35 pr.; Flor. 7 *inst.* D. 19. 2. 36 (anche qui si parla genericamente di *opus*, ma su di esso si realizza un *admetiri*, dunque deve essere un alcunché di materiale); Ulp. 17 *ad Sab.* D. 7. 8. 12. 6 (*lanam expedire*); Ulp. 3 *opin.* D. 50. 8. 3 pr.; Paul. 34 *ad ed.* D. 14. 2. 2. 1; Lab. 1 *pith.* D.19. 2. 62 (in Ulp. *de off. curat. rei p.* D. 50. 12. 1. 6 non si parla di un rapporto di locazione — come ritengono ad es., pur se in prospettive diverse, BETTI, *Istituzioni*, II.1, cit., 423; ALZON, *Les risques*, cit., 330 nt. 65; MOLNÁR, *Verantwortung und Gefahrtragung*, cit., 656 —, ma dell'assegnazione alla *res publica* di un *opus* promesso, da parte del *promissor*, che prima dell'*adsignatio* è obbligato [cfr. Marcian. 3 *inst.* D. 50. 12. 4]: che poi il *promissor* abbia realizzato l'*opus* appaltandolo a terzi, non rileva). Talaltra con un certo grado di probabilità: Paul. 4 *quaest.* D. 17. 2. 77; Ulp. 32 *ad ed.* D. 19. 2. 13. 10; Paul. 34 *ad ed.* D. 19. 2. 24 pr., 3; Iav. 11 *epist.* D. 19. 2. 51. 1; Lab. 4 *post. a Iav. epit.* D. 19. 2. 58. 1; Ulp. 20 *ad ed.* D. 45. 1. 72. 1; Iav. 11 *epist.* D. 46. 1. 44. Senza entrare nei dettagli, mi pare che questi equilibri siano più o meno rispettati anche negli usi del termine estranei ad un contratto di locazione.

sia con il rapporto — attestato in diverse fonti e anche in Labeone — tra *opus* e *perficere*[122].

A questo punto occorre verificare con quale dei due termini greci coincida l'espressione *corpus perfectum* ed, eventualmente, se l'altro termine possa corrispondere ad *opus factum*. Aiutiamoci con il vocabolario.

Esaminiamo innanzitutto le espressioni *factum* e *perfectum*. Entrambi sono participi passati, ma di due verbi differenti, distinti dal preverbio perfettivizzante *per-*[123]: il primo, *facere*, indica una semplice attività; il secondo, *perficere*, indica un'attività portata a realizzazione[124]. Poiché il participio passato di un verbo designa sempre un fatto compiutosi, un'attività arrestatasi, dovremo concludere che entrambe le espressioni (*corpus perfectum* e *opus factum*) si riferiscono al 'risultato' di un'attività. Solo che nel primo caso si tratta del risultato di un'attività imprecisata, mentre nel secondo del risultato di un'attività finalizzata a uno scopo: *factum* e *perfectum* significano, insomma, 'fatto' e 'fatto secondo lo scopo prefissato'.

Ora, se leggiamo il *Dictionnaire étymologique de la langue latine* di Ernout - Meillet alla voce *facio* e alla sottovoce *perficio*, troviamo come traduzione di quest'ultimo verbo il greco τελείω, ἀποτελείω[125]. È dunque estremamente probabile che, nel passo di Labeone, gr. ἀποτέλεσμα traducesse *corpus perfectum*, e non *opus factum*. Superato quest'ostacolo, è agevole rilevare — e qualsiasi dizionario lo dimostrerebbe — che lat. *facere* corrisponde a gr. ἐργάζομαι. Dunque, con un notevole grado di verisimiglianza, nel passo di Labeone gr. ἔργον traduce *opus factum*.

Mi sembra, in conclusione, che il frammento di Labeone possa essere così reso: 'per *opus locatum conductum* bisogna intendere l'*opus*

---

[122] Cfr. Proc. 2 *epist.* D. 45. 1. 113 pr. (*opus ... perficeretur*; *operi perficiendo*); Ulp. 3 *de off. cons.* D. 50. 12. 8 (*opus ... perficiat*; *perficiere opus*; *opus perfici*); Lab. fr. 254 LENEL = Ulp. 17 *ad Sab.* D. 7. 8. 12. 6 (*opus perficere*); Ulp. 71 *ad ed.* D. 43. 24. 11. 5 (*opus perfecisti*); Ulp. 71 *ad ed.* D. 43. 24. 15. 4 (*opus perfectum*); Ulp. 3 *opin.* D. 50. 8. 3 pr. (*perficiendi operis*); Ulp. *de off. cur.* D. 50. 12. 1. 6 (... *opus quod perfecit*); Ulp. 4 *disp.* D. 50. 12. 3 pr. (*opus ... perficere*). Cfr. anche Alf. 3 *dig. a Paul. epit.* D. 19. 2. 30. 3 (*opus imperfectum*).

[123] Sul cui valore in ordine all''aspetto verbale', cfr. per tutti TRAINA - BERNARDI PERINI, *Propedeutica al latino universitario*[5], cit., 214 s.

[124] Cfr. i significati di *perficio* in WALDE - HOFMANN, *Lateinisches etymologisches Wörterbuch*, cit., I[3], 443 s.: «vollende, setze durch» e ERNOUT - MEILLET, *Dictionnaire étymologique de la langue latine*[4], cit., 212: «achever, parfaire, accomplir».

[125] ERNOUT - MEILLET, *Dictionnaire étymologique de la langue latine*[4], cit., 212.

perfectum, ossia ciò che i greci chiamano ἀποτέλεσμα, e non l'*opus factum*, ossia ciò che i greci chiamano ἔργον'. *Opus locatum conductum*, in altre parole, è l'*opus* portato a compimento secondo lo scopo concordato tra le parti. E dunque esso non deve essere inteso semplicemente come ciò che il conduttore ha storicamente realizzato (*opus factum*, ἔργον), ma come ciò che egli doveva realizzare sulla base dell'accordo posto in essere con il locatore (*opus perfectum*, ἀποτέλεσμα)[126].

Al termine dell'analisi, come si vede, si è tornati alla lettura degli umanisti. Il passo, in sé e per sé considerato, non contiene in alcun modo un'opposizione tra *locatio operis* (intesa come obbligazione di risultato) e *locatio operarum* (intesa come obbligazione di mezzi), ma unicamente una distinzione, all'interno della categoria generale '*opus*', tra l'*opus factum* e il *corpus* (= *opus*) *perfectum*.

Verisimilmente, l'interpretazione oggi dominante è il portato della proiezione, sul passo, di una distinzione dogmatica emersa, come vedremo meglio oltre[127], in tempi abbastanza recenti — e non è forse un caso che il frammento sia stato utilizzato in questa prospettiva soprattutto dal Dernburg, ossia dall'autore che più ha rivendicato l'autonomia della *locatio operis* dal *genus* 'locazione di servigi'. Quando ci si libera da questi condizionamenti, appare chiaro che il frammento di Labeone non giustifica alcuna conclusione del genere, e si è obbligati a tornare ad un'interpretazione, quella degli umanisti, precedente l'imporsi della tripartizione.

Che valore aveva, allora, la definizione labeoniana?

A mio avviso, Labeone intendeva affermare semplicemente che in una *locatio operis faciendi* è necessario che il prodotto dell'attività

---

[126] Con ciò non escludo che *opus factum* possa avere nel passo anche il senso di 'complesso di attività (compiuta) finalizzata ad un risultato (non raggiunto)', e che la definizione labeoniana contenga anche una sfumatura di opposizione tra 'attività compiuta' e 'oggetto risultante dall'attività': in tal senso potrebbe deporre la scelta di *corpus* rispetto ad *opus*. Ma ciò rientrerebbe comunque nella sfera semantica di *opus* che, come l'italiano 'opera', implica sempre, anche quando si riferisce ad un oggetto materiale, un riferimento all'attività che lo ha posto in essere (distinguendosi così dal più neutro '*res*'). Non mi sembra invece possibile — come ho già rilevato — intendere l'espressione nel senso di mera 'attività', prescindendo cioè da ogni riferimento ad un 'risultato' e spostando l'accento dal rapporto *factum-perfectum* a quello (che nel passo è assente) *opera-corpus*, o addirittura *locatio operarum-locatio operis*.

[127] Cfr. *infra*, cap. VII § 1.

del conduttore sia conforme all'accordo delle parti, non essendo sufficiente che egli abbia realizzato comunque un 'prodotto'.

Peraltro, il *significari* riportato da Paolo potrebbe indurre a ritenere che la definizione mirasse anche ad una precisazione terminologica. E questa sensazione è rafforzata dall'esame degli usi delle espressioni *opus factum* e *opus perfectum* nella giurisprudenza precedente e successiva la definizione di Labeone: se Servio e Alfeno usano indifferentemente *facere* e *perficere*, Ulpiano è molto più accurato nella distinzione[128].

In realtà, l'uso dello strumento della *definitio per genus et speciem* da parte di Labeone è indirizzato non tanto ad una definizione 'reale', ossia 'di essenza', quanto ad una definizione 'nominale', volta all'*explicatio* dell'espressione '*opus locatum conductum*'. Differenze 'strutturali' — come quella tra *locare operas* e *locare opus faciendum* — dal passo non possono dunque essere tratte.

Ciò, tuttavia, non implica che Labeone non distinguesse, in assoluto, tra i due assetti di interessi, ma solo che una tale distinzione non è desumibile da D. 50. 16. 5. 1. Anzi: a testimonianza di una si-

---

[128] In D. 19. 2. 30. 3, ad esempio, Alfeno veniva interrogato sulla possibilità di *metiri* un *opus*, oltre che *factum*, anche *imperfectum*. Come si vede, *opus factum* e *opus imperfectum* sono espressioni date come alternative e contrarie; ma l'opposto di *opus imperfectum* è propriamente *opus perfectum*: dovremo dedurne che Alfeno non distingueva (almeno terminologicamente) tra *opus factum* e *opus perfectum*. Se ci volgiamo ad un testo di Ulpiano in cui compaiono nuovamente entrambe le espressioni (Ulp. 71 *ad ed.* D. 43. 24. 15. 4: *annus autem cedere incipit, ex quo id opus factum perfectum est aut fieri desiit, licet perfectum non sit [...]*; probabilmente, Doneau aveva presente questo testo quando scriveva che, quando l'*opus* è *perfectum*, occorre utilizzare l'*interdictum quod vi aut clam*: cfr. DONELLI *Commentaria*, ad D. 50. 16. 5. 1, in *Opera*, cit., XI, 1684), le troviamo nettamente distinte: il giurista severiano afferma infatti che l'*interdictum quod vi aut clam* compete entro un anno, da computarsi dal momento in cui l'*opus factum* è *perfectum* o ha cessato di essere realizzato, sebbene non ancora *perfectum*. In altre parole, per Ulpiano l'*opus* è *factum*, cioè è obiettivamente esistente come un alcunché di compiuto (cfr. anche Ulp. 80 *ad ed.* D. 39. 1. 21. 3: *opus autem factum accipimus non, si unum vel alterum cementum fuit impositum, sed si proponatur instar quoddam operis et quasi facies quaedam facta operis*, su cui DONELLI, *op. cit.*, 1684), ma non è ancora *perfectum*, ossia realizzato secondo lo scopo prefissato (per questa accezione di *opus perfectum* in Ulpiano, cfr. invece Ulp. 20 *ad ed.* D. 45. 1. 72. 1). Allo stesso modo, Servio definisce l'*aurum vel argentum factum* come ciò che *commode uti possumus* con l'esclusione di ciò che è *fractum et collisum* (Serv. fr. 54 LENEL = Ulp. 49 *ad Sab.* D. 34. 2. 27. 3: *Servius ... existimat aurum vel argentum factum id videri, quo commode uti possumus, argentum autem fractum et collisum non incidere in eam definitionem, sed infecto contineri*, su cui cfr. DONELLI, *op. cit.*, 1684), mentre Ulpiano, per indicare ciò che può *iam in usu esse* (Ulp. 7 *ad l. Iul. et Pap.* D. 50. 16. 139. 1: *'perfecisse' aedificium is videtur, qui ita consummavit, ut iam in usu esse possit*, su cui cfr. DONELLI, *op. cit.*, 1683), ha bisogno di dire *perfectum*.

mile consapevolezza, da parte giurista augusteo, è un altro testo, assai meno noto, giunto attraverso i *libri ad Sabinum* di Ulpiano.

4. UNA TRIPARTIZIONE DELLA 'LOCATIO CONDUCTIO' IN LABEONE (D. 7. 8. 12. 6)?

4.1. *Il testo.*

> Lab. fr. 254 LENEL = Ulp. 17 *ad Sab.* D. 7. 8. 12. 6: operas autem servi usuarii non locabit neque alii utendo concedet, et ita Labeo: quemadmodum enim concedere alii operas poterit, cum ipse uti debeat? idem tamen Labeo putat, si fundum conduxerit quis, usuarium servum posse ibi operari: quid enim interest, in qua re opera eius utatur? quare et si lanam conduxerit usuarius expediendam, poterit etiam per usuarias ancillas opus perficere, idemque, si vestimenta texenda redemerit vel insulam vel navem fabricandam, poterit ad haec operis uti usuarii: nec offendetur illa Sabini sententia (fr. 44 LENEL) ancillae usu dato ad lanificium eam non mitti nec ex operis mercedem capi, sed sibi lanam facere iure cogere: sibi enim facere videtur, qui non operas eius locavit, sed opus quod conduxit expediit. idem et Octavenus probat (fr. 6 LENEL).

Nel libro diciassettesimo *ad Sabinum* (*de legatis*) — in quella sezione dedicata al legato di uso e abitazione[129] che esordisce con l'affermazione che *cui usus relictus est, uti potest, frui non potest*[130] — Ulpiano sta discutendo dei limiti dell'*usus* di un *servus usuarius*:

a) innanzitutto, citando Labeone, rileva che non è possibile *locare* (né concedere ad altri l'*usus* del)le *operae* del *servus usuarius*: come si può infatti concedere ad altri le *operae*, se il contenuto dell'*usus* è proprio (e soltanto) quello di usare della cosa?

b) poi ricorda che — sempre per Labeone — se l'usuario è conduttore di un fondo, egli può senz'altro usare le *operae* del *servus usuarius* nel lavoro del campo: infatti, non fa alcuna differenza in quale attività le *operae* siano utilizzate, purché ci si limiti ad utilizzarle;

c) allo stesso modo, prosegue il giurista, se l'usuario è *conductor lanae expediendae* (ossia è appaltatore della cardatura e della filatura

[129] Cfr. LENEL, *Palingenesia*, cit., II, 1067.
[130] Ulp. 17 *ad Sab.* D. 7. 8. 2 pr.

della lana[131]), o *redemptor* di *vestimenta texenda*, o di un'*insula* o di una *navis fabricanda*, egli può portare a compimento (*perficere*) l'*opus* avvalendosi di *ancillae* o di *servii usuarii*;

d) fra l'altro, aggiunge Ulpiano, questa soluzione non si pone in contrasto con quanto affermato da Sabino, e cioè che l'usuario di un'*ancilla* non può mandarla in un *lanificium* (evidentemente locandone le *operae*), né trarre dalle sue *operae* alcuna *merces*, ma è obbligato a utilizzarla egli stesso (*sibi* ... *facere*) per la cardatura e filatura della lana. Infatti, continua il giurista severiano, chi non loca le *operae* del *servus*, ma realizza l'*opus* di cui è *conductor*, utilizza personalmente (*sibi facere*) il *servus*. E tutto ciò, conclude Ulpiano, è approvato anche da Ottaveno.

4.2. *L'individuazione della parte labeoniana del frammento e la trattazione ulpianea sulle attribuzioni dell'*usuarius.

Il primo problema che si presenta nell'esegesi del passo è l'esatta delimitazione della citazione di Labeone. Nonostante i dubbi di parte della dottrina[132], mi sembra di poter ritenere che la sostanza del passo sia attribuibile al giurista augusteo fino al richiamo a Sabino (*a-c*).

Di sicuro sono labeoniane — è lo stesso Ulpiano a dircelo — le affermazioni *sub a*) e *b*), anche se non sappiamo se la citazione sia o meno di prima mano. Per la verità — anche se il Lenel, nella collocazione palingenetica del nostro frammento, non ne ha tenuto conto[133] — la sezione del libro diciassettesimo *ad Sabinum* da cui il passo è tratto inizia con una citazione dei *posteriores* labeoniani (*apud Labeonem memini tractatum libro posteriorum* ...[134]) che per alcuni studiosi sarebbe addirittura diretta[135] (anche se non è impossibile che, come spesso accade, la citazione labeoniana sia stata filtrata

---

[131] *Lanam expedire* va inteso nel senso di *lanam facere*, ossia cardare e filare: cfr. R. HEINE, *Lana*, in *Thesaurus linguae Latinae*, VII. 2, Lipsiae 1956-1979, 913; AE. FORCELLINI, *Totius Latinitatis Lexicon*, III, Prati 1865, 686. Non è necessario in alcun modo pensare, per ragioni formali, ad una interpolazione, come suggeriva il BESELER, *Romanistische Studien*, cit., in «TR» 8 (1928) 283; ID., *Unklassische Wörter*, in «ZSS» 56 (1936) 72.

[132] Cfr. HORAK, *Rationes decidendi*, cit., 191.

[133] In LENEL, *Palingenesia*, cit., I, 539, D. 7. 8. 12. 6 è tra i frammenti in cui «Labeo laudatur non indicato libro».

[134] Lab. *post.* fr. 235 = Ulp. 17 *ad Sab.* D. 7. 8. 2. 1.

[135] Cfr. P. JÖRS, *Domitius*, in «RE» V, Stuttgart 1903, 1479 (cfr. 1508); T. HONORÉ, *Ulpian*, Oxford 1982, 214 nt. 50; SCHIAVONE, *Giuristi e nobili*, cit., 161.

dal libro quinto *ad Sabinum* di Pomponio, che è richiamato per tutta la sezione *'de usu et habitatione legata'*[136]).

Il problema maggiore è rappresentato dalla porzione di testo *sub c)*; ma qualche indizio al riguardo può essere trovato nell'analisi di *d)*. In quest'ultima parte del brano, infatti, Ulpiano cita l'opinione di Sabino, affermando che essa non è in contrasto con *c)*, e rilevando che questa non contraddizione era stata rilevata anche da Ottaveno. Ora, se quest'ultimo giurista si era così pronunciato[137], evidentemente il testo *sub c)* non è stato inserito da Ulpiano, né dal giurista intermedio (Pomponio? [138]) dal quale, con ogni probabilità, Ulpiano traeva le notizie su Ottaveno, ma doveva essere precedente al periodo — compreso tra gli ultimi decenni del I sec. d.C. e i primi del successivo[139] — in cui scriveva quest'ultimo giurista. E dunque l'ipotesi più verisimile è che anche il testo *sub c)* sia di Labeone.

In conclusione: non è impossibile che Ulpiano avesse dinanzi sia l'originale dell'opera (i *posteriores*?) di Labeone, sia quello (non sappiamo di quale opera) di Sabino[140], sia il commentario *ad Sabinum* di Pomponio. Ma di sicuro egli aveva notizia della posizione dei primi due giuristi anche dall'opera del terzo, il quale con ogni verisimiglianza riportava Ottaveno e la sua conciliazione tra Labeone e Sabino. E, in ogni caso, che siano di prima o di seconda mano, le citazioni *sub a-c)* sono quasi certamente labeoniane.

Il secondo problema posto dal passo concerne l'inquadramento della citazione labeoniana nel contesto del discorso di Ulpiano. Solo attraverso la comprensione di quest'ultimo è possibile — almeno a mio avviso — valutare adeguatamente le affermazioni di Labeone.

La trattazione ulpianea dell'*usus* rappresenta una sorta di *summa* delle discussioni che — nel corso del principato, ma con una parziale anticipazione in Quinto Mucio[141] — si svolsero circa le attribuzioni dell'usuario in antitesi con quelle riconosciute all'usufruttuario. Si

---

[136] Ulp. 17 *ad Sab.* D. 7. 8. 4. 1 = Pomp. 5 *ad Sab.* fr. 467 LENEL; D. 7. 8. 8. 1 = fr. 469 LENEL; D. 7. 8. 14. 1. 2 = fr. 470 LENEL. Cfr. altre citazioni di Pomp. 5 *ad Sab.* da parte di Ulp. 17 *ad Sab.* in D. 7. 1. 12. 2-3 (cfr. Vat. fr. 89) = fr. 455 LENEL; D. 7. 2. 3. 2 (cfr. Vat. fr. 83) = fr. 460 LENEL; Vat. fr. 88 (cfr. D. 7. 2. 8) = fr. 461 LENEL; D. 7. 4. 6 = fr. 462 LENEL; D. 7. 4. 29 pr., 2 = fr. 464 LENEL; D. 7. 6. 1. 2-3 = fr. 465 LENEL.

[137] Così anche per C. FERRINI, *Ottaveno e le sue dottrine*, in «RIL» s. II 20 (1887) = *Opere*, cit., II, 138 s.; al contrario, S. RICCOBONO, *Sull'usus*, in *Studi V. Scialoja*, I, Milano 1905, 585 s., non tenendo in debito conto la citazione di Ottaveno, ritiene che il parallelo tra Labeone e Sabino sia di Ulpiano (ma il testo *sub c]* è di Labeone anche per questo a.).

[138] Attraverso il quale sono pervenute la maggior parte delle citazioni di questo giurista: cfr. FERRINI, *Ottaveno*, cit., 117 (sulla derivazione di Ottaveno da Pomponio nel passo in questione, cfr. *ibid.*, 138 s.); JÖRS, *Domitius*, cit., 1485.

[139] Cfr. FERRINI, *Ottaveno*, cit., 113 s.

[140] Sulla conoscenza ulpianea di Sabino, cfr. per tutti JÖRS, *Domitius*, cit., 1481 s.

[141] Q. Muc. fr. 13 LENEL = Ulp. 17 *ad Sab.* D. 7. 8. 4. 1.

contrapposero probabilmente due linee[142]: la prima, più elastica, portata avanti dalla scuola proculeiana, è quella cui Ulpiano mostra di aderire maggiormente; la seconda, più rigida, di matrice sabiniana, è testimoniata piuttosto da Gaio, attraverso frammenti del Digesto o brani delle Istituzioni giustinianee che già il Ferrini[143] aveva riconosciuto come tratti dalle *res cottidianae*.

A livello di princìpi generali, i giuristi sembrano essere tutti d'accordo: Gaio parla dell'uso come *usus sine fructu*[144], e Ulpiano, come si è detto, introduce il suo discorso enunciando la regola generale che l'*usus* consente l'*uti*, ma non il *frui*[145]. Le differenze giungono allorquando si passa a trattare *de singulis*. Ma, pur nelle diverse posizioni dei giuristi, può comunque sinteticamente affermarsi che i limiti dell'*usus* appaiono in generale circoscritti da due elementi: che l'uso sia personale (anche se ampliato alle persone che fanno parte, stabilmente o provvisoriamente, della cerchia domestica dell'*usuarius*) e che non si estenda al *frui* se non in misura tale da non modificare sostanzialmente questa caratteristica.

Quest'ultimo profilo, che è certamente il più problematico, era risolto dai *prudentes* — almeno a mio avviso — non in via generale, ma sulla base di una estrema attenzione alle caratteristiche economiche del bene: se il *frui* astrattamente realizzabile sul bene era tale da non essere intaccato da una minima fruizione dell'usuario, quest'ultimo vi era ammesso; altrimenti ne era escluso.

Ad esempio, rispetto all'uso di una *domus*, i Sabiniani non ammettevano che a fatica (*vix*) che l'usuario potesse ricevere un ospite, e limitavano il numero di persone che potevano con lui abitare la casa alla moglie, ai figli, ai domestici e ai liberti[146]; mentre i Proculeiani consentivano che vi dimorassero non solo i familiari, i liberti e gli ospiti[147], ma addirittura — era Labeone ad

---

[142] Cfr., in questo senso, soprattutto G. GROSSO, *Usufrutto e figure affini nel diritto romano*², Torino 1958, 438 s.

[143] C. FERRINI, *Sulle fonti delle 'Istituzioni' di Giustiniano*, in «BIDR» 13 (1901) 151.

[144] Gai. 7 *ad ed. prov.* D. 7. 8. 1. 1: *constituitur etiam nudus usus, id est sine fructu.*

[145] Ulp. 17 *ad Sab.* D. 7. 8. 2 pr.

[146] Cfr. Inst. 2. 5. 2, sulla cui dipendenza da Gaio cfr., oltre al già citato FERRINI, *Sulle fonti delle 'Istituzioni' di Giustiniano*, cit., 151, anche P. KRÜGER (ed.), *Iustiniani Institutiones*, in *Corpus iuris civilis*¹⁶, Berolini 1954, 14 nt. 5 (ad I. 2. 5. 2); GROSSO, *Usufrutto e figure affini*², cit., 438 s.

[147] Cfr. Cels. 18 *dig.* fr. 154 LENEL e Tub. fr. 1 LENEL, entrambi in Ulp. 17 *ad Sab.* D. 7. 8. 2. 1.

affermarlo[148] — gli *inquilini*[149]. Sull'*usus* di un fondo, le due scuole si dimostravano maggiormente concordi, nel senso che si ammetteva che, se il *dominus* non fosse stato contrario, l'usuario potesse godere dei frutti del fondo, purché limitatamente all'uso personale, e non al *compendium*[150]. Per quanto

---

[148] Lab. *post.* fr. 235 LENEL = Ulp. 17 *ad Sab.* D. 7. 8. 2. 1.

[149] Anche se, notava Proculo (Proc. *ex post. Lab.* fr. 35 LENEL = Ulp. 17 *ad Sab.* D. 7. 8. 4 pr.), il termine *inquilinus* non era molto appropriato per indicare *qui cum eo habitet*, evidentemente perché faceva pensare ad una locazione (oltre al passo di Ulpiano appena citato, cfr. anche Paul. 3 *ad Vitell.* D. 7. 8. 3, che aggiunge alla lista di Labeone: *et clientes*; Ulp. 17 *ad Sab.* D. 7. 8. 4. 1 e D. 7. 8. 6; Paul. 3 *ad Sab.* D. 7. 8. 5; Pomp. 5 *ad Sab.* D. 7. 8. 7, con ulteriori approfondimenti, specialmente rispetto alla *mulier*, del medesimo regime). In realtà, che Labeone sia giunto ad ammettere una locazione parziale della *domus*, consentita purché l'usuario continuasse anch'egli ad abitarvi, è dubbio: cfr. per tutti GROSSO, *Usufrutto e figure affini*², cit., 437; N. SCAPINI, *'Usus domus' e 'habitatio' nel diritto romano*, in *Studi G. Grosso*, V, Torino 1972, 39 ss.; J. GARCÍA SÁNCHEZ, *Domus usus*, in *Estudios U. Alvarez Suárez*, Madrid 1978, 179 s. Il fatto che la notazione di Proculo — la cui critica parrebbe porsi esclusivamente a livello terminologico (*non belle inquilinum dici, qui cum eo habitet*) — indurrebbe a ritenere che Labeone usi il termine più che altro nel senso lato di *habitator* (cfr. M. HUBBARD, *Inquilinus*, in *Thesaurus linguae Latinae*, VII. 1, Lipsiae 1934-1954, 1808); non mi sembra, in ogni caso, che l'espressione di Labeone potesse essere intesa a ricomprendere «todos los posibles grupos de personas» legate all'usuario, come affermato dal GARCÍA SÁNCHEZ, *op. cit.*, 180. Tuttavia, da un lato, l'ipotesi di un simile uso atecnico — unico nel Digesto, dove il termine ha sempre valore di *conductor* (cfr. AA. VV., *Vocabularium iurisprudentiae Romanae*, Berlin - New York 1979, 754 ss.) — appare altrettanto discutibile. Dall'altro — come vedremo tra breve — esistono elementi per ipotizzare che per Labeone non fosse impossibile consentire all'usuario un *frui* derivante da una mercede locativa, purché la *res* non fosse concessa (esclusivamente) ad altri, ma rimanesse nel suo uso personale: cfr. in questo senso anche V. GIUFFRÈ, *L'emersione dei 'iura in re aliena' e il dogma del 'numero chiuso'*, Napoli 1992, 156 ss. Peraltro, qualora si ammettesse un uso tecnico di *inquilinus* da parte di Labeone — affermato anche dal FRIER, *Landlords and Tenants*, cit., 59, pur se rispetto ad altri passi — potrebbe anche pensarsi, se non ad una completa genuinità, quantomeno ad una sostanziale rispondenza ai criteri classici anche della porzione di testo *secundum haec — contentus sit*, che la maggioranza della critica, sulla scia del RICCOBONO, *Sull'usus*, cit., 584 ss. e del suo collegamento con C. 3. 33. 13 (a. 530), ritiene giustinianea: cfr. M. PAMPALONI, *Questioni di diritto giustinianeo*, in «RISG» 49 (1911) 247 e nt. 1; ALBERTARIO, *Le valutazioni quantitative nel diritto giustinianeo e nelle legislazioni moderne*, cit., 301 e nt. 2; P. BONFANTE, *Corso di diritto romano. III. Diritti reali*, Milano 1972 (rist.), 115; C. SANFILIPPO, *Servitutes personarum (Corso di diritto romano)*, Catania 1941, 130 s.; GROSSO, *op. ult. cit.*, 436 s.; SCAPINI, *op. cit.*, 42; GARCÍA SÁNCHEZ, *op. cit.*, 180 nt. 15; ma cfr. già F. P. BREMER, *Iurisprudentiae Antehadrianae quae supersunt*, II. 2, Lipsiae 1901, 146, itp. di *secundum haec — invidendum*, seguito dal BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, cit., III, 155.

[150] L'uso del fondo, essenzialmente, consiste in una mera *habitatio*: Labeone (fr. 253 LENEL = Ulp. 17 *ad Sab.* D. 7. 8. 10. 4) scriveva che l'usuario può addirittura impedire al *dominus fundi* di *venire*, se non *agri colendi causa* (ma per converso, preciserà più rigidamente Gai. 2 *rer. cott.* D. 7. 8. 11, il suo diritto di abitare non deve arrecare disturbo al *dominus* o a coloro che debbano compiere gli *opera rustica*). E tuttavia, se il *dominus* non è contrario, l'usuario può usare la *cella vinaria et olearia* (Lab. fr. 253 LENEL = Ulp. 17 *ad*

attiene all'*usus* di animali, i giuristi distinguevano: un gregge di pecore poteva essere usato solo *ad stercorandum*, ma non per la produzione di lana, agnelli o latte, perché ciò avrebbe costituito un *frui*[151] (e bisognerà attendere Ulpiano per ammettere che un uso modico del latte sia compatibile con l'*usus*); una mandria di buoi non poneva particolari problemi, posto che la potenzialità economica di questi animali è tutta orientata sulla utilizzazione nei lavori agricoli, ossia sull'*uti*[152]; per i cavalli (la cui destinazione economica è molto meno definita di quella di pecore o buoi) Ulpiano avverte che occorre verificare se nella concessione d'uso sia compresa la possibilità di domarli e utiliz-

---

Sab. D. 7. 8. 10. 4) e passeggiare per il fondo (Ulp. 17 *ad Sab.* D. 7. 8. 12. 1, da cui sono tratti i frammenti seguenti), giovarsi della legna e dell'acqua, avere un *hortus* per coltivarne frutta, verdura e fiori (Sab. fr. 44 LENEL; Cass. fr. 33 LENEL), raccogliere paglia e legna secca (Nerv. fr. 4 LENEL), tutte attività che sono consentite purché non finalizzate a un guadagno, bensì al mero uso. Non solo, ma in questa logica — dell'utilizzazione legata all'uso personale, e non al *compendium* — si giunge ad ammettere che l'usuario possa giovarsi dei frutti del fondo, purché nei limiti del sostentamento suo e della sua famiglia (Sabino, Cassio, Labeone [fr. 254 LENEL] e Proculo [fr. 64 LENEL], criticati da Nerva) o, al massimo, degli invitati ai banchetti e degli ospiti (Cels. 18 *dig.* fr. 156 LENEL = Ulp. 17 *ad Sab.* D. 7. 8. 12. 1), e purché siano consumati *in villa* — mentre frutta, verdura, fiori e legna possono essere trasportati anche in città (Ulp. 17 *ad Sab.* D. 7. 8. 12. 1). Dalla parafrasi del passo, risulta chiaro il mio modo di vedere la ripetizione di Sabino, Cassio e Labeone nella porzione di testo *sed Sabinus — Nerva negavit*, che per alcuni studiosi — RICCOBONO, *Sull'usus*, cit., 590; SANFILIPPO, *Servitutes personarum*, cit., 133, 138; GROSSO, *Usufrutto e figure affini*², cit., 448 ss., 453 ss.; dubitativo BONFANTE, *Corso*, cit., III, 116; GIUFFRÈ, *L'emersione dei 'iura in re aliena'*, cit., 154 — sarebbe interpolata (anche) per lo strano ordine in cui sono riportati i giuristi. A mio avviso, però — nonostante la forza del rilievo del RICCOBONO, *op. ult. cit.*, 591 s., circa l'assenza, in sch. χρῆσις (1) ad Bas. 16. 8. 2 (HEIMBACH, II, 201), di ogni riferimento ad altri frutti che non siano *olera, poma, folia, lignum* — è da preferire la posizione di chi, come G. PUGLIESE, *Usufrutto, uso e abitazione*² (Trattato Vassalli), Torino 1972, 803 (cfr., parzialmente in questo senso, anche PAMPALONI, *Questioni di diritto giustinianeo*, cit., 250 ss.), ritiene che già la giurisprudenza classica fosse giunta ad una simile conclusione.

[151] Questa era la posizione di Labeone (fr. 254 LENEL = Ulp. 17 *ad Sab.* D. 7. 8. 12. 2) — il quale, come si è visto, ammetteva che una parte minima dei prodotti del fondo fosse utilizzata per il sostentamento dell'usuario, evidentemente perché ciò non intaccava il *frui* del *dominus*, e che forse consentiva anche la locazione parziale della *domus*. Cfr. anche Inst. 2. 5. 4 (di cui Gaio è probabilmente la fonte: cfr. FERRINI, *Sulle fonti delle 'Istituzioni' di Giustiniano*, cit., 151, seguito dal RICCOBONO, *Sull'usus*, cit., 599, e, nella sostanza, dal GROSSO, *Usufrutto e figure affini*², cit., 460): *sed si pecoris vel ovium usus legatus fuerit, neque lacte, neque agnis, neque lana uteretur usuarius, quia ea in fructu sunt. plane ad stercorandum agrum suum pecoribus uti potest.* All'ipotesi di interpolazione di *hoc amplius — defunctorum*, avanzata dal RICCOBONO, *op. ult. cit.*, 596 ss. (cfr. anche PAMPALONI, *Questioni di diritto giustinianeo*, cit., 249 nt. 3; SANFILIPPO, *Servitutes personarum*, cit., 135, 139; BONFANTE, *Corso*, cit., III, 116), è forse da preferire la più credibile ricostruzione del GROSSO, *op. ult. cit.*, 457 ss., seguito dallo SCAPINI, *Usus domus e habitatio*, cit., 31 (itp. di *neque — defunctorum*).

[152] Ulp. 17 *ad Sab.* D. 7. 8. 12. 3.

zarli per il trasporto; ma è in ogni caso escluso che possano essere usati nel Circo, neanche se l'usuario sia un auriga, *quia quasi locare eos videtur*[153].

La locazione, sia perché determina il guadagno di una *merces*, e dunque costituisce *frui*[154], sia — e soprattutto — perché comporta una attribuzione dell'uso a un terzo (è vietata anche la concessione gratuita dell'*usus*), è consentita all'*usufructuarius*[155] ma è interdetta — se non, forse, quando si accompagna ad un uso personale — all'usuario[156].

In questo quadro occorre valutare anche l'*usus* del *servus*. Ulpiano, nella sua trattazione, scrive che l'usuario può usare lo schiavo a vantaggio proprio o della moglie e dei figli; al massimo può ammettersi che qualcun altro lo utilizzi insieme a lui[157]. Altro discorso è la locazione a terzi delle *operae* dello schiavo usuario: *operas autem servi usuarii non locabit neque alii utendo concedet*, scrive Ulpiano; ed è a questo punto che, a conferma di quanto asserito, richiama il pensiero di Labeone.

4.3. *Le modalità di utilizzazione del* servus usuarius *all'interno di un rapporto di locazione e le implicazioni del dettato labeoniano.*

Se abbiamo dubbi circa l'opera del giurista augusteo utilizzata da Ulpiano (come ho detto nel § 4.2, potrebbero esservi indizi per pensa-

[153] Ulp. 17 *ad Sab.* D. 7. 8. 12. 4, rispetto al quale RICCOBONO, *Sull'usus*, cit., 599; PAMPALONI, *Questioni di diritto giustinianeo*, cit., 248 nt. 4; BONFANTE, *Corso*, cit., III, 116 s.; GROSSO, *Usufrutto e figure affini*², cit., 460, ipotizzano l'interpolazione di *sed si testator — sensisse*.

[154] Cfr. *supra*, cap. I § 3.

[155] Cfr. Ulp. 17 *ad Sab.* D. 7. 1. 12. 2: *usufructuarius vel ipse frui ea re vel alii fruendam concedere vel locare vel vendere potest: nam et qui locat utitur, et qui vendit utitur.*

[156] Rispetto all'*usus* di una *domus*, cfr. Ulp. 17 *ad Sab.* D. 7. 8. 8 pr.: *sed neque locabunt seorsum neque concedent habitationem sine se nec vendent usum.* Se si ammettesse che già con Labeone era possibile locare una parte della *domus* abitando la restante (D. 7. 8. 4 pr.), si potrebbe evitare di ritenere interpolate, in questo testo di Ulpiano, le parole *seorsum* e *sine se* (cfr. RICCOBONO, *Sull'usus*, cit., 584; PAMPALONI, *Questioni di diritto giustinianeo*, cit., 247 nt. 1; SANFILIPPO, *Servitutes personarum*, cit., 131 s.; BONFANTE, *Corso*, cit., III, 115; GROSSO, *Usufrutto e figure affini*², cit., 438; SCAPINI, *Usus domus e habitatio*, cit., 44 nt. 51; GARCÍA SÁNCHEZ, *Domus usus*, cit., 181). Per l'*usus* di un fondo, cfr. Gai. 2 *rer. cott.* D. 7. 8. 11: *nec ulli alii ius quod habet aut vendere aut locare aut gratis concedere potest.*

[157] Ulp. 17 *ad Sab.* D. 7. 8. 12. 5: *si usus ministerii alicui fuerit relictus, ad suum ministerium utetur et ad liberorum coniugisque, neque videbitur alii concessisse, si simul cum ipsis utatur.*

re ai *posteriores*), è comunque certo che neanche Labeone, come Ulpiano, stava trattando della *locatio conductio*, bensì dell'*usus*. Il contratto viene richiamato unicamente per chiarire meglio le caratteristiche delle attribuzioni dell'usuario. E, a questo fine, Labeone individua tre ipotesi di locazione:

a) innanzitutto la locazione delle *operae* del *servus*: questo 'uso' delle *operae* (che è piuttosto un *frui*) non è consentito all'usuario, perché questi deve usare le *operae* egli stesso;

b) poi la conduzione di un fondo nel quale lo schiavo usuario viene messo a lavorare: quest'uso delle *operae* è consentito, perché è comunque l'usuario a usarne direttamente, e non rileva il tipo di attività nella quale lo schiavo viene impiegato;

c) infine la conduzione di un *opus* (cardatura e filatura della lana, tessitura di vesti, costruzione di una casa o di una nave), nella realizzazione del quale viene utilizzato lo schiavo: anche quest'uso è consentito, perché è comunque personale e, anche qui, non rileva il tipo di attività in cui il *servus* è impiegato.

Peraltro, va rilevato che i compilatori hanno, non a sproposito, fatto immediatamente seguire, al testo qui esaminato, un passo di Gaio in cui si ricorda che, secondo Labeone, era possibile imporre una *merces pro opera* al *servus* o all'*ancilla* (*usuarii*[158]): *sed ipsi servo ancillaeve pro opera mercedem imponi posse Labeoni placet*[159]. Non mi sembra necessario pensare — con il Pampaloni e il Grosso[160] — alla sostituzione di un originario *nec* del passo con l'attuale *sed*, ipotizzando, cioè, che Labeone non ammettesse un simile rapporto. E ciò non tanto perché questo assetto di interessi si differenzia da una locazione del servo: da un lato, come abbiamo visto nell'esegesi di D. 40. 7. 14 pr.[161], l'imposizione di una *merces pro opera* allo schiavo era probabilmente avvicinata dai giuristi romani allo schema della *locatio operarum*; dall'altro, la *merces* imposta allo schiavo avrebbe comunque rappresentato un *frui* per l'usuario, ossia un esito non dissimile da quello di una normale locazione. Piuttosto, mi sembra possibile pensare che Labeone ravvisasse, in questa sorta di locazione delle *operae* allo stesso schiavo, un *frui* che non faceva venir meno la caratteristica per lui essenziale dell'uso personale, e che dunque — così come avveniva per l'*inquilinus* della *domus*? — lo trovasse am-

---

[158] Che si tratti dei *servi usuarii* sembrerebbe certo: cfr. l'integrazione di LENEL, *Palingenesia*, I, 204.

[159] Lab. fr. 255 LENEL = Gai. 7 *ad ed. prov.* D. 7. 8. 13.

[160] PAMPALONI, *Questioni di diritto giustinianeo*, cit., 247 s.; GROSSO, *Usufrutto e figure affini nel diritto romano*², cit., 461.

[161] Cfr. *supra*, cap. II § 4.

missibile pur affermando che, in generale, non era possibile locare ad altri le *operae* del *servus*.

A me pare che dalla testimonianza possano essere tratti almeno due dati importanti per la nostra ricerca.

Il primo è rappresentato dalla schematizzazione seguita da Labeone nell'individuare le varie ipotesi di *locatio conductio*, e in particolare dalla distinzione delle fattispecie in tre gruppi.

È chiaro ed evidente che il giurista augusteo non sta compiendo una trattazione sistematica della locazione, ma semplicemente enumerando una casistica per evidenziare le possibili utilizzazioni delle *operae* di un *servus* all'interno (giuridicamente o solo storicamente) di una *locatio conductio*. Ma è interessante il modo in cui egli dispone la casistica. Labeone, infatti, non si limita a distinguere la locazione delle *operae* del *servus* da tutti gli altri casi di locazione, ma tratta le varie fattispecie in tre diverse proposizioni, nell'ultima delle quali sono enumerati una serie di casi raccolti nella comune denominazione di *opus conductum*.

Locare operas, conducere fundum, conducere opus faciendum: Labeone sta lavorando con la tripartizione?

Credo che una simile conclusione sarebbe eccessiva. Mi sembra però innegabile che il giurista augusteo avesse una qualche percezione della differenza che passava, pur se all'interno del medesimo schema obbligatorio, tra la mera locazione di *operae*, la conduzione di una *res* e la conduzione di un *opus faciendum*: a dimostrarlo è soprattutto il raggruppamento di figure distinte nel terzo gruppo (*conducere lanam expediendam, vestimenta texenda, insulam vel navem fabricandam*), che non avrebbe senso in una mera enumerazione di casi.

Alla distinzione tra assetti di interessi evidenziata dall'analisi condotta *supra*, § 1 (*conductio navis / locatio mercium vehendarum*), possiamo aggiungere dunque anche la *locatio operarum*.

Il secondo dato desumibile dal passo riguarda la nozione di opera.

Due testi di Gaio già ricordati[162] affermano, da un lato, che *in hominis usu fructu operae sunt et ob operas mercedes* (7 *ad ed. prov.* D.

---

[162] Cfr. *supra*, cap. II § 4 e nt. 207.

7. 7. 3), e, dall'altro, che *fructus hominis in operis consistit et retro in fructu hominis operae sunt* (2 *de lib. caus. ed. urb.* D. 7. 7. 4). I due testi non si sovrappongono: nel primo si sostiene che rientrano nell'usufrutto dell'*homo* sia le *operae*, sia le *mercedes* tratte dalla locazione delle *operae* stesse; nel secondo, invece, che nella valutazione del *fructus* di uno schiavo occorre guardare alle *operae* (*deductis necessariis impensis*, prosegue il brano) e che, viceversa, le *operae* devono essere computate tra i frutti. Ma da entrambi possiamo trarre il medesimo principio generale, e cioè che le *operae* del *servus* costituiscono un *frui*.

La medesima prospettiva appare condivisa da Labeone in un passo dei *pithana* epitomati da Paolo (Lab. 6 *pith. a Paul. epit.* D. 6. 1. 79)[163], nel quale si esamina il caso in cui, durante un processo intentato per la restituzione di uno schiavo, quest'ultimo muoia dopo la *litis contestatio*. Labeone afferma che occorre valutare l'entità dei frutti da restituire finché lo schiavo è vissuto[164]. Paolo, da parte sua, precisa che, se lo schiavo era malato al punto che le sue *operae* erano *inutiles*, nell'*aestimatio* dei frutti dovrà tenersi conto di questa malattia. Il rapporto tra il *frui* e le *operae*, che nel testo labeoniano è solo implicito — ma indubitabile —, viene dunque esplicitato da Paolo: i *fructus* del *servus* sono le *operae*, e su queste deve essere computata l'*aestimatio*.

Per Labeone, insomma, come per Gaio, Paolo e forse per Servio (cfr. D. 40. 7. 14 pr.[165]), le *operae* sono identificabili con il *fructus hominis*. L'esame di D. 7. 8. 12. 6 da un lato conferma questi dati, dall'altro li corregge e li integra. Li conferma, perché dal dettato labeoniano appare chiaro che la concessione gratuita e la locazione delle *operae* del *servus*, consentite al *fructuarius*, sono vietate all'*usuarius* in quanto travalicano l'uso personale. Ma li corregge e li integra perché ci fa comprendere che l'identificazione tra *operae* e *fructus* non

---

[163] Lab. 6 *pith. a Paul. epit.* D. 6. 1. 79: *si hominem a me petieris et is post litem contestatam mortuus sit, fructus quoad is vixerit aestimari oportet.* Paulus. *Ita id verum esse puto, si non prius is homo in eam valetudinem inciderit, propter quam operae eius inutiles factae sunt: nam ne si vixisset quidem in ea valetudine, fructus eius temporis nomine aestimari conveniret.*

[164] Su questo passo, rispetto al *restituere* dei *fructus*, mi limito a rinviare a M. KASER, *Besitz und Verschulden bei den dinglichen Klagen*, in «ZSS» 51 (1931) 117 s.; ID., *Restituere*[2], cit., 9 s.; ID., *Nochmals über Besitz und Verschulden bei den 'actiones in rem'*, in «ZSS» 98 (1981) 128 e nt. 197 e 131 nt. 206; S. SCHIPANI, *Responsabilità del convenuto per la cosa oggetto di azione reale*, Torino 1971, 20 s. nt. 5; A. WACKE, *Faktische Arbeitsverhältnisse im römischen Recht?*, in «ZSS» 108 (1991) 141.

[165] Analizzato *supra*, cap. II § 4.

è assoluta, bensì legata al contesto dei singoli passi: Gaio definisce le *operae* come *fructus* perché si sta parlando dell'usufrutto, ossia di un *uti frui*[166]; nei *pithana*, Labeone identifica le *operae* con il *fructus servi* perché in quel momento si sta occupando di una *rei vindicatio*. Ma quando, in un diverso contesto, queste stesse *operae* siano oggetto di mero *usus*, allora esse non si identificano più con un *frui*, bensì con un semplice *uti*; anzi, come precisa Terenzio Clemente citando Giuliano, il legato di *operae servi*, quando non sia altrimenti specificato, va inteso proprio come legato di uso[167].

Ora: il fatto che le *operae* possano essere espressione di un *uti* impedisce di identificarle con i *fructus* intesi come *res* — come spesso, soprattutto in passato, si ripeteva[168] —, ma le ricollega piuttosto alla categoria del(l'*uti*) *frui*, ossia del 'reddito' rappresentato dalla *res*[169]. E, a questo punto, comprendiamo meglio anche l'analogia impostata da Servio in D. 40. 7. 14 pr. tra la pecunia pagata *pro operis* e quella data *pro fructu fundi*: in entrambi i casi, si tratta di denaro che il condutto-

---

[166] Cfr. la collocazione dei frammenti nelle opere originali, così come ricostruita dal Lenel (Gai. 7 *ad ed. prov.* D. 7. 7. 3 = fr. 164 LENEL; 2 *de lib. caus. ed. urb.* D. 7. 7. 4 = fr. 40 LENEL).

[167] Ter. Clem. 18 *ad leg. Iul. et Pap.* D. 7. 7. 5 = Iul. 35 *dig.* fr. 516 LENEL: *operis servi legatis usum datum intellegi et ego didici et Iulianus existimat.*

[168] La dottrina ha inteso le *operae* come *res certae* a partire dagli studi di J. THÉLOHAN, *De la stipulatio operarum*, in *Études P. F. Girard*, I, Paris 1912, 355 ss., il quale recava come prove di questa assimilazione l'utilizzazione del verbo *dare* al posto di *facere*; l'uso dell'*actio ex stipulatu certi* per la *stipulatio operarum*; la fungibilità delle stesse; la possibilità di una *condictio* delle *operae indebitae*, nei termini del loro valore economico (Ulp. 26 *ad ed.* D. 12. 6. 26. 12); la possibilità di promettere le *operae alienae* (Iul. 22 *dig.* D. 45. 2. 5). Queste conclusioni sono state accolte dai successivi studi di J. LAMBERT, *Les operae liberti. Contribution à l'histoire des droits de patronat*, Paris 1934, 46 ss., 214 ss.; MACQUERON, *Le travail des hommes libres*[2], cit., 17 ss. (questi due ultimi autori fortemente dipendenti dal Thélohan); DE ROBERTIS, *I rapporti di lavoro*, cit., 17 ss. (incline a non escludere una rilevanza anche come *factum*); KAUFMANN, *Die altrömische Miete*, cit., 197 ss., 332 ss. (il quale rovescia la prospettiva del Thélohan: le *operae* sarebbero state concepite come *certum* perché in origine vi era solo la tutela *ex stipulatu certi*). Come si ricorderà (cfr. *supra*, Intr. § 1), le *operae* concepite come *res* erano anche alla base delle ricostruzioni della struttura della locazione dell'ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*[14], cit., 347, e del BRASIELLO, *L'unitarietà* (1927), cit., 543 ss. Maggiormente dubbiosi rispetto a questa ricostruzione appaiono MARTINI, *Mercennarius*, cit., 17 ss.; AMIRANTE, *Ricerche*, cit., 60; WALDSTEIN, *Operae libertorum*, cit., 210 s. (il quale peraltro nota che nelle azioni di locazione le *operae* devono essere necessariamente concepite come *incertum*, per la struttura delle formule di buona fede).

[169] Sul *frui* come espressione di un 'reddito', cfr. per tutti BRETONE, *La nozione romana di usufrutto*, cit., I, 43 ss. (in particolare, sui passi gaiani qui richiamati, cfr. 44 s. nt. 75).

re dà al locatore in cambio di un *uti frui*, di un reddito, realizzato sulla cosa.

In conclusione, mi sembra che sia stato aggiunto un altro tassello alla nostra ricostruzione: se in fattispecie come il contratto di trasporto il 'risultato' dell'attività viene posto strutturalmente sullo stesso piano dell'*uti frui* garantito al conduttore di cose (*agri, insulae, balnea, naves*) (cfr. *supra*, § 1.2), nella locazione di *operae* è l'attività stessa ad essere concepita come *uti frui*.

5. 'LOCATIO CONDUCTIO' E TRASFERIMENTO DEL 'DOMINIUM' IN LABEONE (D. 18. 1. 80. 3).

L'ultimo passo di Labeone che mi pare opportuno esaminare è tratto dai *posteriores* epitomati da Giavoleno:

> Lab. 5 *post. a Iav. epit.* D. 18. 1. 80. 3: nemo potest videri eam rem vendidisse, de cuius dominio id agitur, ne ad emptorem transeat, sed hoc aut locatio est aut aliud genus contractus.

Il testo, nonostante le perplessità di una dottrina minoritaria[170], sembra senz'altro attribuibile a Labeone[171], anche in considerazione della sua appartenenza alla cd. 'serie-Labeone' dei *posteriores*, generalmente considerata piuttosto fedele al dettato del giurista augusteo[172].

---

[170] Cfr. S. DI PAOLA, *L'opera di Giavoleno Prisco sui 'libri posteriores' di Labeone*, in «BIDR» 49-50 (1947) 315 nt. 122; G. MELILLO, *Contrahere, pacisci, transigere. Contributi allo studio del negozio bilaterale romano*, Napoli 1994, 167 s.; SARGENTI, *Labeone: la nascita dell'idea di contratto*, cit., 43 s.

[171] Cfr. SCHIAVONE, *Studi sulle logiche dei giuristi romani*, cit., 61 nt. 47; ID., *Giuristi e nobili*, cit., 239 nt. 70; B. ALBANESE, *'Agere', 'gerere' e 'contrahere' in D. 50, 16, 19. Congetture su una definizione di Labeone*, in «SDHI» 38 (1972) = *Scritti giuridici*, II, Palermo 1991, 1144; SANTORO, *Il contratto nel pensiero di Labeone*, cit., 115 s.; BURDESE, *Sul concetto di contratto e i contratti innominati in Labeone*, cit., 30; GALLO, *Synallagma e conventio*, cit., I, 176 ss.

[172] Sul complesso problema mi limito a rinviare ad A. PERNICE, *Labeo. Römisches Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit*, I. 1, Halle 1873, 69 ss.; P. JÖRS, *Antistius*, in «RE» I. 2, Stuttgart 1897, 2553; SCHULZ, *Geschichte*[2], cit., 257 ss. = *Storia*, cit., 368 ss.; A. BERGER, *Contributi alla storia delle fonti e della giurisprudenza romana. I. Intorno all'epitome giavoleniana del 'Libri posteriorum' di Labeone*, in «BIDR» 44 (1937) 91 ss.; DI PAOLA, *L'opera di Giavoleno Prisco sui 'libri posteriores' di Labeone*, cit., 277 ss.; A. M.

Del frammento, il profilo maggiormente studiato è quello relativo all'espressione *aliud genus contractus*, che per la maggioranza della dottrina sarebbe da ricondurre alla problematica dei *nova negotia*[173]. L'accostamento dovrebbe essere, per la verità, espresso in forma più dubitativa, tenuto conto del fatto che — come aveva notato già la dottrina intermedia e come, più di recente, hanno rilevato il Sargenti e il Burdese — il riferimento in questione potrebbe alludere anche ad altri contratti nominati[174]. Ma il problema, ai nostri fini, è di interesse relativo. Nella nostra indagine, il passo deve essere analizzato sotto una diversa angolatura, in genere meno discussa, e cioè per il rapporto che il giurista instaura tra *locatio conductio* ed *emptio venditio*.

È verisimile che il frammento traesse origine da un caso concreto che tuttavia, allo stato delle fonti, è impossibile identificare. Possiamo pensare che Labeone stia affrontando il problema della qualificazione giuridica dell'attribuzione *in perpetuum* dei fondi municipali (di cui parla anche Gai. 3. 145)[175]; oppure che il § 3 debba essere letto alla luce del precedente § 2[176], nel quale si tratta di una *silva caedua* che *in*

HONORÉ, *Labeo's 'Posteriora' and the Digest Commission*, in *Daube Noster. Essays in Legal History for D. Daube*, Edinburgh-London 1974, 161 ss.; SCHIAVONE, *Giuristi e nobili*, cit., 239 nt. 70; Ch. KOHLHAAS, *Die Überlieferung der 'libri posteriores' des Antistius Labeo*, Pfaffenweiler 1986, 20 ss.; D. MANTOVANI, *Sull'origine dei 'libri posteriores' di Labeone*, in «Labeo» 34 (1988) 271 ss.

[173] Cfr. per tutti SCHIAVONE, *Studi sulle logiche dei giuristi romani*, cit., 90 ss.; ID., *Giuristi e nobili*, cit., 178; ALBANESE, *'Agere', 'gerere' e 'contrahere'*, cit., 1144; SANTORO, *Il contratto nel pensiero di Labeone*, cit., 68, 70, 115 ss., 148, 158; BURDESE, *Sul riconoscimento civile dei cd. contratti innominati*, cit., 21 s.; ID., *Ancora sul contratto nel pensiero di Labeone*, cit., 466; ID., *Osservazioni in tema di cd. contratti innominati*, cit., 132 s.; ID., *Sul concetto di contratto e i contratti innominati in Labeone*, cit., 30 ss.; TALAMANCA, *La tipicità dei contratti romani*, cit., 103 nt. 261; GALLO, *Synallagma e conventio*, cit., I, 174 ss.

[174] Come il *pignus*, il *depositum* o il *commodatum*: cfr. per tutti ACCURSIUS, gl. *genus contractus* ad D. 18. 1. 80. 3, e FABRI *Rationalia*, ad D. 18. 1. 80. 3, ed. cit., V, 322, che scartavano esplicitamente l'ipotesi del «contractus innominatus»; SARGENTI, *Labeone*, cit., 42 ss.; A. BURDESE, *Sulle nozioni di patto, convenzione e contratto in diritto romano*, in *Seminarios Complutenses de derecho romano*, 5 (1993) 57 = *Miscellanea romanistica*, cit., 279. Né l'ipotesi sarebbe contraddetta dalle utilizzazioni labeoniane di *contractus*, che ricomprendono anche contratti unilaterali: (cfr. Lab. *ad ed.* fr. 95 LENEL = Ulp. 31 *ad ed.* D. 17. 1. 8 pr. [deposito]; Lab. *ad ed.* fr. 147 LENEL = Ulp. 66 *ad ed.* D. 42. 8. 6. 6 [*pignus*], su cui cfr. per tutti ALBANESE, *'Agere', 'gerere' e 'contrahere'*, cit., 1143 ss.; SANTORO, *Il contratto nel pensiero di Labeone*, cit., 64 ss.; per l'attribuzione a Ulpiano dell'ultima parte del secondo passo si pronuncia il GALLO, *Synallagma e conventio*, cit., I, 187 ss., ma anche quest'a. non contesta la riconducibilità a Labeone del primo testo: cfr. *ibid.*, I, 168 ss.).

[175] TALAMANCA, *Vendita*, cit., 314 nt. 109.

[176] Lab. 5 *post. a Iav. epit.* D. 18. 1. 80. 2: *silva caedua in quinquennium venierat: quaerebatur, cum glans decidisset, utrius esset. scio Servium respondisse, primum sequendum*

quinquennium venierat, e che potrebbe essere interpretata non come vendita del legname, ma come vendita *in quinquennium* del fondo nel quale si trovava il bosco ceduo[177]: in entrambi i casi doveva porsi all'interprete il problema di una scelta tra *emptio venditio* e *locatio conductio*. Ad ogni modo, la formulazione del passo appare tanto generale da assumere la portata di una regola[178]: non si può mai ritenere di aver concluso un'*emptio venditio*, quando sia stato stabilito tra le parti che il *dominium* non passi dal venditore all'acquirente; in tal caso, infatti, il negozio deve essere riportato ad una *locatio conductio* oppure ad un *aliud genus contractus*.

Il punto di vista del giurista, come si vede, non è la locazione, ma la compravendita. Labeone non dice quando si ha una locazione, ma quando non può esservi compravendita (essendo il fine economico dell'*emptio venditio* rintracciabile nel passaggio di proprietà, non è concepibile che un negozio in cui ci si accorda per non trasferire il *dominium* possa essere qualificato come compravendita); né egli afferma che la locazione non trasferisce mai il *dominium*, ma solo che, a differenza di quanto avviene nella compravendita, un negozio in cui ci si è accordati affinché la proprietà non passi può essere locazione.

Non abbiamo, insomma, elementi per valutare quale fosse la posizione di Labeone rispetto al problema del passaggio del *dominium* in una locazione. Non sappiamo se egli condividesse la prospettiva tardo-repubblicana che lo ammette[179], oppure se egli già optasse per quella posizione — che apparirà evidente in alcuni giuristi successivi, e che abbiamo già incontrato in Pomponio[180] — che tende a negarlo. Ma il frammento è comunque significativo, perché è la prima testimonianza di una problematica che di lì a poco sarebbe divenuta centrale nella riflessione giurisprudenziale sulla locazione, e cioè la distinzione della *locatio conductio* dall'*emptio venditio*. Ed è importante rilevare che, già in Labeone, questa distinzione sia còlta nel trasferimento del *dominium*.

---

esse quod appareret actum esse: quod si in obscuro esset, quaecumque glans ex his arboribus quae caesae non essent cecidisset, venditoris esse, eam autem, quae in arboribus fuisset eo tempore cum haec caederentur, emptoris.

[177] GALLO, *Synallagma e conventio*, cit., I, 175 e nt. 30.

[178] Per il valore generalizzante del dettato labeoniano, cfr. GALLO, *Synallagma e conventio*, cit., I, 174 s. e nt. 30.

[179] Cfr. *supra*, cap. I § 4 (Q. Mucio) e cap. II § 1 (Servio-Alfeno).

[180] Per Pomponio, cfr. *supra*, cap. I § 4; per i giuristi successivi, cfr. *infra*, cap. IV §§ 3-4.

6. CONCLUSIONI.

Avevamo notato, all'inizio del capitolo, che le testimonianze labeoniane in tema di locazione possono essere distinte in due gruppi: i casi in cui il giurista augusteo si limita ad applicare — a fattispecie identiche, o eventualmente analoghe — i princìpi elaborati dalla giurisprudenza precedente, ed in particolare dalla scuola di Servio; e i casi in cui invece egli tende ad adattare tali regole a fattispecie completamente nuove, precisando le differenze tra l'una e l'altra ipotesi.

Nell'analisi, ci siamo rivolti soprattutto a questo secondo gruppo di frammenti, che erano per noi sicuramente più interessanti. E dall'esame è emersa una notevole continuità di princìpi e soluzioni rispetto alla giurisprudenza precedente. La necessità di un equilibrio e di una corrispondenza tra le reciproche prestazioni, riscontrata in Serv. D. 19. 2. 15. 2 a proposito della locazione di un fondo[181], ritorna sia in Lab. D. 14. 2. 10. 2 a proposito della *conductio navis*, sia in Lab. D. 14. 2. 10 pr., dove al binomio *merces-uti frui* si sostituisce quello *merces*-'risultato'. Non solo, ma la concezione delle *operae* come espressione di un *frui*, che ci era sembrato di scorgere in Serv. D. 40. 7. 14 pr., è stata confermata ed arricchita da Lab. D. 7. 8. 12. 6, nel quale si chiarisce che esse possono anche costituire un semplice *uti*, e che dunque non devono essere intese come *res* — ossia come *fructus* —, ma come termine di riferimento dell'*uti frui*, del godimento, realizzato sull'attività del prestatore d'opera.

Tuttavia, rispetto al passato, in Labeone è dato riscontrare un'attenzione molto maggiore alla differenza che intercorre tra le varie fattispecie rientranti in una *locatio conductio*. In questo senso sono emblematiche già le diverse soluzioni contenute in D. 14. 2. 10. 2, dove si afferma che nel caso di *conductio navis* la *merces* è dovuta a prescindere dalla quantità di merci effettivamente trasportate, e in D. 14. 2. 10 pr., nel quale si sostiene che (invece) in una *locatio mancipiorum vehendorum* la *merces* è dovuta solo allorché lo schiavo giunga a destinazione. Ma, soprattutto, sono significativi passi come D. 19. 5. 1. 1, nel quale viene posta chiaramente un'alternativa tra i due assetti di interessi, denunciando implicitamente la necessità di una chiara distinzione tra gli stessi; e D. 14. 2. 10. 1, nel quale la combinazione tra

[181] E nei passi in cui — rispetto a *insulae* e a *balnea* — si applicano i medesimi princìpi (cfr. *supra*, cap. II § 2.5).

conduzione della nave e contratto di trasporto impone il ricorso ad entrambe le azioni di locazione conduzione, ciascuna per un determinato profilo.

Talora è possibile cogliere, nella costruzione dei responsi labeoniani, addirittura le tracce di una tripartizione. In D. 7. 8. 12. 6, il giurista augusteo distingue chiaramente le diverse modalità di utilizzazione di un *servus usuarius*, avvalendosi di tre figure che denomina *locare operas, conducere fundum, conducere opus faciendum*, e che sembrerebbero esaurire — almeno nelle intenzioni del giurista — le possibili combinazioni di assetti di interessi di una *locatio conductio*. In particolare, nel passo, la *locatio conductio operis faciendi* appare ricomprendere in sé una casistica di ipotesi economicamente diversificate, ma accomunate dalla caratteristica di mirare tutte alla realizzazione di un alcunché (*locare conducere lanam expediendam, vestimenta texenda, insulam vel navem fabricandam*).

Per la verità non sembra che, con ciò, si sia giunti mai ad una distinzione dogmatica tra le diverse figure, paragonabile a quella della dottrina attuale. L'esegesi di D. 50. 16. 5. 1, ad esempio, ha mostrato come l'interpretazione che ravvisa nel passo una opposizione tra cd. *locatio operis* e cd. *locatio operarum* sia in realtà il frutto della sovrapposizione, sulle fonti romane, di schemi concettuali emersi nella tradizione romanistica. Ma appare indubbio che, accanto alla consapevolezza di poter costruire con una certa libertà il rapporto di *locatio conductio*, era chiara nei giuristi la necessità di disegnare l'accordo delle parti avvalendosi di schemi negoziali ben definiti, pena l'impossibilità di utilizzare le azioni contrattuali — come nel caso di D. 19. 5. 1. 1.

In Labeone troviamo sia la testimonianza di una simile necessità di chiarificazione dei contorni peculiari degli assetti di interessi 'interni' alla locazione, sia una prima traccia dell'impegno di delimitazione dei confini 'esterni' al contratto. Impegno, questo, che in Lab. D. 18. 1. 80. 3 compare solo occasionalmente (e forse indirettamente, essendo piuttosto la compravendita l'oggetto diretto del responso), ma che occuperà a fondo la giurisprudenza successiva.

CAPITOLO QUARTO

LA DEFINIZIONE «PERIMETRALE» DELLA 'LOCATIO CONDUCTIO' NELLE DISCUSSIONI TRA SABINIANI E PROCULEIANI

1. PREMESSA. LE DISCUSSIONI DEL PRIMO PRINCIPATO E LA TECNICA DELLA DEFINIZIONE «PERIMETRALE» NELLA GIURISPRUDENZA ROMANA.

Nell'analisi sin qui condotta abbiamo avuto modo di sottolineare l'impegno della scuola di Servio nel chiarire il rapporto tra le obbligazioni delle parti, e l'attenzione prestata da Labeone nell'enucleare le caratteristiche specifiche di ciascun assetto di interessi.

Il tratto peculiare del lavoro dei giuristi successivi, soprattutto nelle discussioni tra Sabiniani e Proculeiani, è un altro, e coincide con l'impegno di distinguere la *locatio conductio* dai rapporti che con essa possono, per un verso o per l'altro, essere confusi[1].

[1] Parlo di 'tratto peculiare', perché naturalmente vi sono anche altri aspetti della locazione affrontati dalla giurisprudenza del I-II sec. d.C. Ma si tratta di profili che non rilevano ai fini del nostro problema, o di soluzioni che non si discostano da quelle della giuri-

Gli esiti di questa riflessione sono ai nostri fini particolarmente importanti. Distinguere la locazione dai rapporti ad essa vicini, infatti, significa porre in evidenza — direttamente o indirettamente — gli elementi caratteristici del 'tipo'. Significa, in altre parole, individuare la 'tipicità' della *locatio conductio* nel sistema contrattuale romano. E, oltretutto, l'esame di questa attività dei *prudentes* potrebbe assumere un valore particolare qualora si ammettesse — come personalmente sarei portato a credere — che quelle che per noi sono semplici 'distinzioni' costituissero invece per i giuristi romani vere e proprie 'definizioni' del contratto.

È noto che in dottrina è stata autorevolmente sostenuta la tendenziale assenza, nelle fonti romane, di vere e proprie definizioni. E che, fra gli altri testi, a dimostrazione di una tale teoria è stata portata la trattazione gaiana della *locatio conductio*[2]. Mi sembra, però, che simili conclusioni non possano essere senz'altro accolte, e che anzi proprio il testo gaiano contribuisca a ridimensionarle.

Di sicuro, le espressioni usate da Gaio non compongono una definizione simile a quella contenuta, ad esempio, nell'art. 1571 del *Codice civile* italiano vigente rispetto alla locazione di cose[3]. La trattazione contenuta nelle *institutiones*, cioè, non corrisponde a quel tipo di definizione — che nel linguaggio comune è la definizione per antonomasia — che i testi antichi di retorica chiamano *definitio substantialis*[4] perché si propone di individuare l'essenza, la *substantia*, del *definiendum*. Tuttavia, come è stato notato[5], se da

---

sprudenza precedente (cfr., ad es., sul problema dell'equilibrio tra le prestazioni di *merces* e *uti frui*: Iav. 11 *epist.* D. 19. 2. 21; Pomp. *ad ed.* fr. 134 LENEL = Ulp. 32 *ad ed.* D. 19. 2. 9 pr.), se non per aspetti ai nostri fini scarsamente interessanti (come ad es. l'ipotizzato — ma non certo — superamento della concezione labeoniana di D. 19. 2. 62 da parte di Sabino in D. 19. 2. 59: cfr. *supra*, cap. III nt. 27).

[2] Cfr. Fr. SCHULZ, *Prinzipien des römischen Rechts*, München 1934 = *Principi del diritto romano*, Firenze 1946, 38, che richiama Gai. 3. 142.

[3] Art. 1571 c.c. it. (1942): «la locazione è il contratto col quale una parte si obbliga a far godere all'altra una cosa mobile o immobile per un dato tempo, verso un determinato corrispettivo»; su questa definizione si fonda la variante costituita dall'affitto (art. 1615 c.c.); cfr. anche la definizione dell'appalto (art. 1655 c.c.). Agli artt. 1559, 1678 e 2222 c.c. i contratti di somministrazione, di trasporto e d'opera sono definiti non direttamente, ma mediante le obbligazioni delle parti.

[4] Cfr. [Boeth.] *defin.* 895 C (MIGNE). Per una qualificazione formale della definizione dell'art. 1571 c.c. it. (1942) come *definitio per genus et differentiam* (dove il *genus* è rappresentato dalla nozione di 'contratto' e la *differentia* è data dagli effetti), cfr. A. BELVEDERE, *Il problema delle definizioni nel codice civile*, Milano 1977, 107, e G. PROVERA, *Locazione. Disposizioni generali (art. 1571-1606)* (Commentario Scialoja-Branca), Bologna - Roma 1980, 1 nt. 1.

[5] Da R. MARTINI, *Le definizioni dei giuristi romani*, Milano 1966, 9 s.

questa assenza si trae la conclusione che i giuristi romani si sarebbero disinteressati della definizione degli istituti, si corre il rischio di proiettare, sull'analisi delle fonti, esigenze logico-sistematiche che non è detto fossero condivise dai *prudentes*. In altre parole, ricercando unicamente quegli schemi definitori che hanno assunto un ruolo assorbente nell'ermeneutica moderna, come ad esempio la *definitio substantialis*[6], si finirebbe per cercare solo quel che per noi è 'definizione', ma ci si precluderebbe la via per una comprensione di quelle tecniche definitorie utilizzate dai giuristi romani che fossero eventualmente differenti dalle nostre[7]. Al contrario, se il nostro obiettivo è quello di ricostruire la dogmatica dei giuristi romani, allora occorre chiedersi se nelle fonti manchi in assoluto una definizione del contratto di locazione, oppure se, prescindendo dalla ricerca di una *definitio substantialis* — che, già nella retorica antica, era soltanto una delle tante forme definitorie[8], anche se l'*optima*[9] — sia possibile rintracciare altre modalità di 'definizione' della locazione, che per i giuristi romani svolgessero comunque un ruolo dogmatico.

Una risposta, come ho detto, può forse essere tratta proprio dalla lettura della trattazione gaiana. Di sicuro, il giurista non si preoccupa minimamente di individuare la *substantia* della locazione. È, piuttosto, una lista di *quaeritur*, di dubbi circa gli esatti confini del contratto e di soluzioni proposte nell'ambito dello *ius controversum*. Ma possiamo dire che in questo modo non si 'definisca' ugualmente la locazione all'interno del sistema contrattuale romano?

A me sembra che nel passo di Gaio sia rintracciabile una tecnica definitoria, propria della giurisprudenza romana, che corrisponde ad uno — il più peculiare — dei valori semantici assunti nel linguaggio dei giuristi dalle espressioni *definire* e *definitio*, così come evidenziato, in un lavoro di estremo interesse, dall'Albanese[10]. Nei due termini, infatti, coesistono il valore 'mate-

---

[6] Sulla centralità della *definitio substantialis* nel lavoro del giurista e del legislatore odierno, cfr. per tutti L. LANTELLA, *Pratiche definitorie e proiezioni ideologiche*, in A. BELVEDERE - M. JORI - L. LANTELLA, *Definizioni giuridiche e ideologie*, Milano 1979, 6 ss.; A. BELVEDERE, *Definizioni*, in «Digesto[4]» (sez. civ.) V, Torino 1989, 149 ss.; ma cfr. già R. ORESTANO, *Azione (storia del problema)*, in «ED» IV, Milano 1959, 814 ss., e ID., *Introduzione allo studio del diritto romano*[2], Bologna 1987, 393 s.

[7] Il che, come rileva il MARTINI, *Le definizioni*, cit., 10, non costituisce certo l'«angolo visuale ... più idoneo per una ricerca di carattere storico».

[8] Cfr. [Boeth.] *defin.* 905-907 (MIGNE), su cui MARTINI, *Le definizioni*, cit., 55 ss.

[9] Cfr. Vict. *expl. in Cic. rhet.* 1. 14 (HALM, 194).

[10] B. ALBANESE, *'Definitio periculosa': un singolare caso di 'duplex interpretatio'*, in *Studi G. Scaduto*, III, Padova 1970 = *Scritti giuridici*, I, Palermo 1991, 701 ss. L'a. (*op. cit.*, 712 s.) riconosce che i passi in cui ricorrono i termini *definire* e *definitio* non esauriscono il numero di testi in cui si può trovare una 'definizione', e dunque una indagine sul valore semantico dei termini non può da sola costruire una teoria delle definizioni dei giuristi romani (con il che mi sembrano ingiustificate le critiche di F. REINOSO BARREIRO, *'Definitio periculosa': ¿Javoleno o Labéon?*, in «BIDR» 90 [1987] 288 nt. 15 e 289 nt. 22; più fondata

riale' e il valore 'ideale (giuridico)'[11] dell'atto di determinare i confini di un alcunché[12]: talora, come nel diritto augurale[13], i due valori coincidono; talal-

---

la critica del MARTINI, *Le definizioni*, cit., 7, a Fr. PRINGSHEIM, *Beryt und Bologna*, in *Festschrift O. Lenel*, Leipzig 1921, 251 ss.). Tuttavia, mi sembra, un'analisi puramente terminologica consente, da un lato, di evitare — come si è detto — di cercare concetti moderni nelle fonti; dall'altro, chiarendo cosa i giuristi romani chiamassero 'definizione', aiuta senz'altro a comprendere meglio il loro strumentario logico — e pertanto mi sembra che, contrariamente a quanto sostenuto da R. MARTINI, *Ancora in tema di definitiones*, in «Studi Senesi» 96 (1984) 163, non sia sufficiente soffermarsi sul valore 'logico-retorico' di *definire / definitio*.

[11] L'Albanese, per la verità, ritiene che il valore semantico dei due termini muova da un significato, verisimilmente primo e originario, «connesso all'operazione materiale del collocamento di confini ad un terreno» (cfr. ALBANESE, *Definitio periculosa*, cit., 713; da questo significato primo deriverebbe anche l'utilizzazione 'materiale' della determinazione quantitativa di entità giuridicamente rilevanti, come ad esempio una quantità di denaro: cfr. *ibid.*, 713 ss.: 77 fonti). Successivamente, i vocaboli avrebbero assunto il valore traslato di distinzione tra fenomeni giuridici affini (*ibid.*, 723 ss.: 37 fonti). (Accanto a queste accezioni, l'Albanese ha riconosciuto utilizzazioni che ricorrono in fonti tarde e spesso normative, e cioè: una serie di valori connessi «all'idea di stabilire normativamente [o almeno con autorità]» [*ibid.*, 733 ss.: 150 fonti] e «all'operazione della decisione [giudiziaria, arbitrale, o anche transattiva] d'una controversia» [*ibid.*, 745 ss.: 49 fonti]; nonché un'accezione collegata all'idea di «'concludere', 'portare a termine', 'convenire'» [*ibid.*, 747 ss.: 26 fonti]. Per una sintesi dell'intera ricostruzione, cfr. *ibid.*, 749 ss.). Tuttavia — e in ciò sento di dissentire dall'Albanese — alla luce dell'esperienza giurisprudenziale romana più arcaica il valore primigenio di *definire* come collocamento di confini ad un terreno costituisce un'operazione non meramente 'materiale', ma anche 'giuridica': cfr. *infra*, nt. 13.

[12] L'esistenza di un uso 'materiale' e di un uso 'ideale' di *definire / definitio* è peraltro riscontrabile anche nelle fonti letterarie: cfr. *Thesaurus linguae Latinae*, V, Lipsiae 1909-1934, 343 s. e 350 s.

[13] La delimitazione degli *agri* non è semplicemente una *definitio* di confini materiali, ma è un procedimento di diritto augurale: è distinzione tra aree differenti sotto il profilo giuridico-religioso (*ager Romanus, Gabinus, peregrinus, hosticus, incertus*, ecc.), è definizione dell'ambito di esercizio dei poteri magistratuali, ecc. (su questi profili, mi limito a rinviare a P. CATALANO, *Aspetti spaziali del sistema giuridico-religioso romano. Mundus, templum, urbs, ager, Latium, Italia*, in «ANRW» II. 16. 1, Berlin - New York 1978, 440 ss.). Di un simile valore di *definire* è un esempio la spiegazione di *urbs* e *urbare* proposta da Pomp. *ench.* D. 50. 16. 239. 6 (sul rito della fondazione delle *urbes* con l'aratro secondo l'*Etruscus ritus* cfr. Varr. *ling. Lat.* 5. 143 e CATALANO, *Aspetti spaziali*, cit., 479 ss.). E va aggiunto che in diritto augurale il procedimento della *inauguratio* (in senso lato, ossia comprensivo della consultazione degli *auguria*, dell'atto di *liberare* il luogo, della delimitazione del luogo, dell'*effari*: seguo le distinzioni di P. CATALANO, *Contributi allo studio del diritto augurale*, I, Torino 1960, 280 ss.; ID., *Aspetti spaziali*, cit., 473 s.) di un *locus* comporta una delimitazione del terreno non solo fisica (attraverso il *decumanus* e il *cardo*: CATALANO, *Diritto augurale*, cit., 288 s.) ma anche verbale. L'atto finale del procedimento, ossia l'*effari* (espressione utilizzata, in alcuni testi, addirittura per indicare per sineddoche l'intera *inauguratio*: Serv. *Verg. Aen.* 3. 463; Cic. *Att.* 13. 42. 3; Liv. 10. 37. 15, su cui CATALANO, *Diritto augurale*, cit., 289), consiste infatti nella delimitazione verbale del terreno mediante il riferimento a punti spaziali esterni ad esso: l'espressione, in Veran. *auspic.* fr. 4 BREMER = Fest. s.v. *minora templa*, 148 (LINDSAY) (per l'attribuzione a Veranio, cfr. REITZENSTEIN, *Verrianische Forschungen*, cit., 47 e 53), è spiegata come *certis verbis defi-*

tra, come nell'attività intellettuale di distinzione tra fenomeni giuridici affini, il secondo diviene assorbente. E se davvero — come sembra — questo procedimento di *definitio* fosse tipico dei giuristi e assente nelle fonti retoriche[14], potremmo pensare di trovarci dinanzi ad una tecnica definitoria antichissima, risalente alla scienza sacerdotale[15] e precedente l'adozione degli schemi logici di derivazione greca[16] — utilizzati dai giuristi romani a fini di *explicatio verborum* o, secondariamente, di costruzione sistematica[17] — finalizzata a dirimere problemi pratici di qualificazione dogmatica[18].

---

nire locum. Un procedimento, insomma, che ricorda da vicino le *definitiones* dei giuristi romani che incontreremo più avanti.

[14] ALBANESE, *Definitio periculosa*, cit., 724 s. nt. 43; sul fatto che questo tipo di *definitio* sia assente nelle fonti retoriche latine, dissente dall'Albanese P. CERAMI, *Ignorantia iuris*, in *Seminarios Complutenses de derecho romano*, 4 (1992) 71 s. e nt. 52 (cfr. Cic. *inv.* 2. 99: *definire* come *separare*).

[15] Oltre che di diritto augurale, la tecnica potrebbe essere propria dello *ius pontificum*: in Macrob. *Sat.* 3. 3. 1 — il quale aveva dinanzi agli occhi il *de religionibus* di Trebazio Testa: cfr. 3. 3. 2-5 (peraltro, posta la conoscenza che certo i giuristi tardo-repubblicani e dell'età augustea avevano dei documenti sacerdotali, mi sembra immotivato lo scetticismo di R. MARTINI, *Di nuovo sulla 'definitio' fra retorica e giurisprudenza*, in «Labeo» 41 [1995] 172, sulla possibilità di utilizzare questa fonte) — si afferma che l'attività pontificale di *definitio* di ciò che è *sacrum, sanctum* e *religiosum* si realizzava attraverso la posizione e il superamento di un *quaeritur*; e va notato che la tecnica definitoria usata da Trebazio per chiarire questi concetti di *ius sacrum* è talora pressoché identica a quella seguita da Gaio nel fissare i *fines* della *locatio conductio* (cfr. in particolare Treb. 10 *relig.* fr. 9 BREMER = Macrob. *Sat.* 3. 3. 5, su cui mi sia permesso di rinviare a FIORI, *Homo sacer*, cit., 33 ss. e nt. 42). Una tecnica 'differenziale', utilizzata al di fuori dello schema definitorio *per differentiam specificam*, è anche quella usata da Verrio Flacco: cfr. Fest. *verb. sign.* s.v. *religiosus*, 348 (LINDSAY): *inter sacrum autem, et sanctum, et religiosum differentias bellissime* (sc. *Gallus Aelius*) *refert* (= Ael. Gall. 2 *verb. sign.* fr. 10 [BREMER]). (Sottolinea il valore romano e sacerdotale dell'operazione di *definire*, ma in una prospettiva differente, A. CARCATERRA, *Le definizioni dei giuristi romani. Metodo mezzi e fini*, Napoli 1966, 39 ss., spec. 72 ss.)

[16] Su cui cfr. ALBANESE, *Definitio periculosa*, cit., 718 ss.: 38 fonti. Un'ampia raccolta delle definizioni di questo tipo è in MARTINI, *Le definizioni*, cit., *passim*.

[17] Mi sembra che questa utilizzazione, da parte dei giuristi romani, risulti dalle ricerche del MARTINI, *Le definizioni*, cit., *passim*, spec. 366 ss. e del TALAMANCA, *Lo schema 'genus-species'*, cit., *passim*, spec. 211 ss. Cfr. anche ALBANESE, *Definitio periculosa*, cit., 718 nt. 29, 724 nt. 43.

[18] Sulla scorta dell'ALBANESE, *Definitio periculosa*, cit., 731 s., utilizza questa accezione di *definitio* per spiegare Lab. 1 *ad ed.* fr. 5 LENEL = Ulp. 11 *ad Sab.* D. 50. 16. 19, il BURDESE, *Sul concetto di contratto e i contratti innominati in Labeone*, cit., 23; ID., *Sulle nozioni di patto, convenzione e contratto in diritto romano*, cit., 58 = *Miscellanea romanistica*, cit., 280 (rispetto al medesimo passo, invece, il GALLO, *Synallagma e conventio*, cit., I, 82 ss., pensa ad una *partitio* — ma cfr., *contra*, BRETONE, *Labeone e l'editto*, cit., 38; A. BURDESE, in «SDHI» 59 [1993] 357 s. — mentre lo SCHIAVONE, *Studi sulle logiche dei giuristi romani*, cit., 93 ss.; ID., *Giuristi e nobili*, cit., 179 e 239 s. nt. 75, parla di «definizione di essenza»). Richiama le ricerche dell'Albanese, in particolare rispetto a Gaio, anche P. ZANNINI, *Rappresentazione dinamica del fenomeno giuridico nelle Istituzioni di Gaio*, in AA.VV. *Il modello di Gaio nella formazione del giurista* (Atti Torino 1978), Torino 1981,

riale' e il valore 'ideale (giuridico)'[11] dell'atto di determinare i confini di un alcunché[12]: talora, come nel diritto augurale[13], i due valori coincidono; talal-

---

la critica del MARTINI, *Le definizioni*, cit., 7, a Fr. PRINGSHEIM, *Beryt und Bologna*, in *Festschrift O. Lenel*, Leipzig 1921, 251 ss.). Tuttavia, mi sembra, un'analisi puramente terminologica consente, da un lato, di evitare — come si è detto — di cercare concetti moderni nelle fonti; dall'altro, chiarendo cosa i giuristi romani chiamassero 'definizione', aiuta senz'altro a comprendere meglio il loro strumentario logico — e pertanto mi sembra che, contrariamente a quanto sostenuto da R. MARTINI, *Ancora in tema di definitiones*, in «Studi Senesi» 96 (1984) 163, non sia sufficiente soffermarsi sul valore 'logico-retorico' di *definire / definitio*.

[11] L'Albanese, per la verità, ritiene che il valore semantico dei due termini muova da un significato, verisimilmente primo e originario, «connesso all'operazione materiale del collocamento di confini ad un terreno» (cfr. ALBANESE, *Definitio periculosa*, cit., 713; da questo significato primo deriverebbe anche l'utilizzazione 'materiale' della determinazione quantitativa di entità giuridicamente rilevanti, come ad esempio una quantità di denaro: cfr. *ibid.*, 713 ss.: 77 fonti). Successivamente, i vocaboli avrebbero assunto il valore traslato di distinzione tra fenomeni giuridici affini (*ibid.*, 723 ss.: 37 fonti). (Accanto a queste accezioni, l'Albanese ha riconosciuto utilizzazioni che ricorrono in fonti tarde e spesso normative, e cioè: una serie di valori connessi «all'idea di stabilire normativamente [o almeno con autorità]» [*ibid.*, 733 ss.: 150 fonti] e «all'operazione della decisione [giudiziaria, arbitrale, o anche transattiva] d'una controversia» [*ibid.*, 745 ss.: 49 fonti]; nonché un'accezione collegata all'idea di «'concludere', 'portare a termine', 'convenire'» [*ibid.*, 747 ss.: 26 fonti]. Per una sintesi dell'intera ricostruzione, cfr. *ibid.*, 749 ss.). Tuttavia — e in ciò sento di dissentire dall'Albanese — alla luce dell'esperienza giurisprudenziale romana più arcaica il valore primigenio di *definire* come collocamento di confini ad un terreno costituisce un'operazione non meramente 'materiale', ma anche 'giuridica': cfr. *infra*, nt. 13.

[12] L'esistenza di un uso 'materiale' e di un uso 'ideale' di *definire / definitio* è peraltro riscontrabile anche nelle fonti letterarie: cfr. *Thesaurus linguae Latinae*, V, Lipsiae 1909-1934, 343 s. e 350 s.

[13] La delimitazione degli *agri* non è semplicemente una *definitio* di confini materiali, ma è un procedimento di diritto augurale: è distinzione tra aree differenti sotto il profilo giuridico-religioso (*ager Romanus, Gabinus, peregrinus, hosticus, incertus*, ecc.), è definizione dell'ambito di esercizio dei poteri magistratuali, ecc. (su questi profili, mi limito a rinviare a P. CATALANO, *Aspetti spaziali del sistema giuridico-religioso romano. Mundus, templum, urbs, ager, Latium, Italia*, in «ANRW» II. 16. 1, Berlin - New York 1978, 440 ss.). Di un simile valore di *definire* è un esempio la spiegazione di *urbs* e *urbare* proposta da Pomp. *ench.* D. 50. 16. 239. 6 (sul rito della fondazione delle *urbes* con l'aratro secondo l'*Etruscus ritus* cfr. Varr. *ling. Lat.* 5. 143 e CATALANO, *Aspetti spaziali*, cit., 479 ss.). E va aggiunto che in diritto augurale il procedimento della *inauguratio* (in senso lato, ossia comprensivo della consultazione degli *auguria*, dell'atto di *liberare* il luogo, della delimitazione del luogo, dell'*effari*: seguo le distinzioni di P. CATALANO, *Contributi allo studio del diritto augurale*, I, Torino 1960, 280 ss.; ID., *Aspetti spaziali*, cit., 473 s.) di un *locus* comporta una delimitazione del terreno non solo fisica (attraverso il *decumanus* e il *cardo*: CATALANO, *Diritto augurale*, cit., 288 s.) ma anche verbale. L'atto finale del procedimento, ossia l'*effari* (espressione utilizzata, in alcuni testi, addirittura per indicare per sineddoche l'intera *inauguratio*: Serv. *Verg. Aen.* 3. 463; Cic. *Att.* 13. 42. 3; Liv. 10. 37. 15, su cui CATALANO, *Diritto augurale*, cit., 289), consiste infatti nella delimitazione verbale del terreno mediante il riferimento a punti spaziali esterni ad esso: l'espressione, in Veran. *auspic.* fr. 4 BREMER = Fest. s.v. *minora templa*, 148 (LINDSAY) (per l'attribuzione a Veranio, cfr. REITZENSTEIN, *Verrianische Forschungen*, cit., 47 e 53), è spiegata come *certis verbis defi-*

tra, come nell'attività intellettuale di distinzione tra fenomeni giuridici affini, il secondo diviene assorbente. E se davvero — come sembra — questo procedimento di *definitio* fosse tipico dei giuristi e assente nelle fonti retoriche[14], potremmo pensare di trovarci dinanzi ad una tecnica definitoria antichissima, risalente alla scienza sacerdotale[15] e precedente l'adozione degli schemi logici di derivazione greca[16] — utilizzati dai giuristi romani a fini di *explicatio verborum* o, secondariamente, di costruzione sistematica[17] — finalizzata a dirimere problemi pratici di qualificazione dogmatica[18].

---

nire locum. Un procedimento, insomma, che ricorda da vicino le *definitiones* dei giuristi romani che incontreremo più avanti.

[14] ALBANESE, *Definitio periculosa*, cit., 724 s. nt. 43; sul fatto che questo tipo di *definitio* sia assente nelle fonti retoriche latine, dissente dall'Albanese P. CERAMI, *Ignorantia iuris*, in *Seminarios Complutenses de derecho romano*, 4 (1992) 71 s. e nt. 52 (cfr. Cic. *inv.* 2. 99: *definire* come *separare*).

[15] Oltre che di diritto augurale, la tecnica potrebbe essere propria dello *ius pontificum*: in Macrob. *Sat.* 3. 3. 1 — il quale aveva dinanzi agli occhi il *de religionibus* di Trebazio Testa: cfr. 3. 3. 2-5 (peraltro, posta la conoscenza che certo i giuristi tardo-repubblicani e dell'età augustea avevano dei documenti sacerdotali, mi sembra immotivato lo scetticismo di R. MARTINI, *Di nuovo sulla 'definitio' fra retorica e giurisprudenza*, in «Labeo» 41 [1995] 172, sulla possibilità di utilizzare questa fonte) — si afferma che l'attività pontificale di *definitio* di ciò che è *sacrum, sanctum* e *religiosum* si realizzava attraverso la posizione e il superamento di un *quaeritur*; e va notato che la tecnica definitoria usata da Trebazio per chiarire questi concetti di *ius sacrum* è talora pressoché identica a quella seguita da Gaio nel fissare i *fines* della *locatio conductio* (cfr. in particolare Treb. 10 *relig.* fr. 9 BREMER = Macrob. *Sat.* 3. 3. 5, su cui mi sia permesso di rinviare a FIORI, *Homo sacer*, cit., 33 ss. e nt. 42). Una tecnica 'differenziale', utilizzata al di fuori dello schema definitorio *per differentiam specificam*, è anche quella usata da Verrio Flacco: cfr. Fest. *verb. sign.* s.v. *religiosus*, 348 (LINDSAY): *inter sacrum autem, et sanctum, et religiosum differentias bellissime* (sc. *Gallus Aelius*) *refert* (= Ael. Gall. 2 *verb. sign.* fr. 10 [BREMER]). (Sottolinea il valore romano e sacerdotale dell'operazione di *definire*, ma in una prospettiva differente, A. CARCATERRA, *Le definizioni dei giuristi romani. Metodo mezzi e fini*, Napoli 1966, 39 ss., spec. 72 ss.)

[16] Su cui cfr. ALBANESE, *Definitio periculosa*, cit., 718 ss.: 38 fonti. Un'ampia raccolta delle definizioni di questo tipo è in MARTINI, *Le definizioni*, cit., *passim*.

[17] Mi sembra che questa utilizzazione, da parte dei giuristi romani, risulti dalle ricerche del MARTINI, *Le definizioni*, cit., *passim*, spec. 366 ss. e del TALAMANCA, *Lo schema 'genus-species'*, cit., *passim*, spec. 211 ss. Cfr. anche ALBANESE, *Definitio periculosa*, cit., 718 nt. 29, 724 nt. 43.

[18] Sulla scorta dell'ALBANESE, *Definitio periculosa*, cit., 731 s., utilizza questa accezione di *definitio* per spiegare Lab. 1 *ad ed.* fr. 5 LENEL = Ulp. 11 *ad Sab.* D. 50. 16. 19, il BURDESE, *Sul concetto di contratto e i contratti innominati in Labeone*, cit., 23; ID., *Sulle nozioni di patto, convenzione e contratto in diritto romano*, cit., 58 = *Miscellanea romanistica*, cit., 280 (rispetto al medesimo passo, invece, il GALLO, *Synallagma e conventio*, cit., I, 82 ss., pensa ad una *partitio* — ma cfr., *contra*, BRETONE, *Labeone e l'editto*, cit., 38; A. BURDESE, in «SDHI» 59 [1993] 357 s. — mentre lo SCHIAVONE, *Studi sulle logiche dei giuristi romani*, cit., 93 ss.; ID., *Giuristi e nobili*, cit., 179 e 239 s. nt. 75, parla di «definizione di essenza»). Richiama le ricerche dell'Albanese, in particolare rispetto a Gaio, anche P. ZANNINI, *Rappresentazione dinamica del fenomeno giuridico nelle Istituzioni di Gaio*, in AA.VV. *Il modello di Gaio nella formazione del giurista* (Atti Torino 1978), Torino 1981,

Una simile attività di *definitio*[19] — di cui, rispetto alla *locatio conductio*, ancora non si trova traccia nei testi dei giuristi tardo-

---

377 ss. (cfr. spec. 378 nt. 11), il quale rileva la tendenziale assenza di definizioni 'intensionali', ma legge il valore di *definire* evidenziato dall'Albanese come sostanzialmente coincidente con le tecniche definitorie della *divisio* e *partitio* — il che non mi sembra sostenibile e, per la verità, era stato escluso dallo stesso ALBANESE, *Definitio periculosa*, cit., 725 nt. 43. Ma, soprattutto, fa ampio uso di questa nozione M. A. MESSANA, *Sui 'libri definitionum' di Emilio Papiniano. 'Definitio' e 'definire' nell'esperienza giuridica romana*, in «AUPA» 45. 2 (1998) 61 ss., la quale ravvisa una simile accezione dei termini nel *liber singularis* ὅρων di Q. Mucio, nei *libri definitionum* di Papiniano, nelle *quinquaginta decisiones*.

[19] Che potrebbe essere alla base della famosa affermazione di Iav. 11 *epist.* D. 50. 17. 202, per cui *omnis definitio in iure civili periculosa est: parum est enim, ut non subverti posset*: come ha notato l' ALBANESE, *Definitio periculosa*, cit., 769, il frammento si trovava, nell'opera del giurista, all'interno di una trattazione dedicata alla distinzione tra *locatio* ed *emptio*. Rispetto all'interpretazione di questo passo, è forse da accogliere il ridimensionamento dell'ipotesi dell'Albanese proposto da A. GUARINO, *D. 50. 17. 202: 'interpretatio simplex'*, in «Labeo» 14 (1968) 65 ss. = *Giavoleno e le definizioni*, in *Pagine di diritto romano*, V, Napoli 1994, 155 ss. Ma non appaiono condivisibili le interpretazioni di D. BEHRENS, *Begriff und Definition in der Quellen*, in «ZSS» 74 (1957) 362, che pensa ad un'origine postclassica del testo; e di REINOSO BARBERO, *Definitio periculosa*, cit., 285 ss., secondo il quale Giavoleno ripeterebbe un pensiero di Labeone. Quest'ultimo a., in particolare, fonda la propria interpretazione sul fatto che nei frammenti sopravvissuti di Giavoleno non si riscontrerebbe mai «una *definitio* en sentido técnico», ossia una *definitio substantialis*; da ciò deriverebbe che «Javoleno non conoció el recurso técnico de esta figura jurídica, por lo que difícilmente podía pronunciarse sobre él», laddove invece Labeone sarebbe «sin duda un conocedor del recurso jurídico de la *definitio*». Tuttavia: innanzitutto, mi sembra che il passo debba intendersi — con l'Albanese — come riferentesi ad una definizione (che chiamerei) 'perimetrale' (cfr. *infra*); in secondo luogo, mi sembra difficilmente sostenibile, per il sol fatto che non ne fa uso (nei frammenti a noi giunti), che Giavoleno non conoscesse come fatto dogmatico la *definitio substantialis*. Anzi, ammettendo che il passo si riferisca ad essa — ciò che mi pare comunque errato —, la critica di D. 50. 17. 202 sarebbe ancora più motivata in un autore che non ne fa uso (cfr., in questo senso, anche MARTINI, *Di nuovo sulla 'definitio' fra retorica e giurisprudenza*, cit., 174). Infine, l'ulteriore argomento dello studioso spagnolo, ossia la «ruptura metodológica» tra il passo e gli altri del libro 11 *epistularum*, sostenuta soprattutto sulla base di elementi formali, è superata dalla ricostruzione dell'Albanese. Altra interpretazione di rilievo del passo — ma a mio modesto avviso meno convincente di quella dell'Albanese — è la lettura del MARTINI, *Le definizioni*, cit., *passim*, il quale ha ipotizzato che il passo di Giavoleno faccia riferimento ad una accezione della *definitio* come *explicatio verborum*, accezione che sarebbe derivata dalle fonti retoriche, le quali utilizzano il termine nel senso di una esplicazione del *quid sit* (cfr. anche MARTINI, *Ancora in tema di definitiones*, cit., 163 ss.; ID., *Di nuovo sulla 'definitio' fra retorica e giurisprudenza*, cit., 160 ss.). Lo stesso CARCATERRA, *Le definizioni*, cit., 1 ss. che pure ha svolto un'interessante indagine sulle tecniche definitorie precedenti l'influenza greca, mi sembra non essersi posto i medesimi problemi teorici rispetto all'uso di *definitio* nel passo di Giavoleno, uso che nella sua ricostruzione (la *definitio* sarebbe *periculosa* nel diritto positivo, ma non a scopo didattico-scientifico) resta un po' generico. Sul passo, cfr. da ultima MESSANA, *Sui 'libri definitionum' di Emilio Papiniano*,

repubblicani, e che forse comincia ad affacciarsi con Labeone (D. 18. 1. 80. 3[20]) — occuperà, come si è detto, la maggior parte delle discussioni tra Sabiniani e Proculeiani sul nostro tema: il dibattito tra le due scuole mirerà soprattutto a delimitare i confini, il perimetro, della *locatio conductio* all'interno del sistema contrattuale romano, sia rispetto agli altri contratti tipici (e principalmente rispetto alla compravendita), sia rispetto alle convenzioni atipiche.

È stato questo lavoro di definizione — che, per comodità di sintesi, chiamerei 'perimetrale'[21] — a disegnare lentamente, attraverso il graduale superamento dello *ius controversum*, lo 'spazio' della locazione[22]. Cosicché lo studio di queste discussioni diviene particolarmente importante perché potrebbe far emergere i criteri utilizzati dai giuristi per *definire* il 'tipo' locazione, e dunque permettere — in un percorso inverso rispetto a quello di una definizione 'sostanziale' — di ricostruire gli elementi tipici, strutturali, della *locatio conductio*.

Se torniamo a leggere Gaio, ci accorgiamo del fatto che la sua trattazione è divisa sostanzialmente in due parti: nella prima si affer-

---

cit., 61 ss., che pensa ad una *duplex interpretatio* (nel contesto originiario *definitio* avrebbe avuto il valore di *decisio*: cfr. *ibid.*, 84 ss.).

[20] Cfr. *supra*, cap. III § 4.

[21] M. MARRONE, *Le 'significationes' di D. 50. 16 ('de verborum significatione')*, in «SDHI» 60 (1994) 583 ss., spec. 589 s. e 593 (seguito dalla MESSANA, *Sui 'libri definitionum' di Emilio Papiniano*, cit., *passim*, ma spec. 69 s. e nt. 15), commentando questo medesimo valore di *definire / definitio*, parla di definizioni 'delimitative', ma mi sembra che l'espressione sia poco indicativa del valore specifico di questa tecnica definitoria, posto che ogni 'de-finizione' è, in senso proprio, 'de-limitativa' (e, non a caso, l'a. non ravvisa una differenza significativa tra la definizione 'perimetrale' e quella 'sostanziale', ossia *per differentiam*, che invece a mio avviso fanno capo a esigenze concettuali ben distinte).

[22] Peraltro, una simile metodologia non è venuta meno neanche nello strumentario del giurista moderno. Nella pratica del diritto anche noi continuiamo a 'definire' l'ambito dei diversi istituti sulla base delle *differentiae* di ciascuno: cfr., a titolo meramente esemplificativo, per il diritto italiano, PROVERA, *Locazione*, cit., 49 ss.; G. MIRABELLI, *La locazione* (Trattato Vassalli), Torino 1972, 106 ss.; e, per il diritto tedesco, V. EMMERICH, *Recht der Schuldverhältnisse, §§ 535-580a*, in J. VON STAUDIGER, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*[12], Berlin 1981, 12 ss.; F. PETERS, *Recht der Schuldverhältnisse, §§ 631-651*, in J. VON STAUDIGER, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*[13], Berlin 1994, 12 ss.; nonché la giurisprudenza raccolta in C. RUPERTO - V. SGROI, *Nuova rassegna di giurisprudenza sul Codice civile*, IV. 5 (a cura di M. VARRONE - A. BUCCI - R.TRIOLA), Milano 1994, 2208 ss. Tuttavia, mentre per noi questi ultimi casi non rappresentano 'definizioni', quanto piuttosto 'distinzioni', 'differenziazioni' fra istituti, e raramente vengono innalzati al rango di strumenti logico-formali, nella metodologia dei giuristi romani essi sembrano aver ricoperto un ruolo molto più rilevante anche a livello dogmatico.

ma l'importanza del requisito della *merces certa*, e si ricordano i *quaeritur* relativi alla distinzione tra locazione e *nova negotia* (3. 142-144); nella seconda si discute invece dei problemi di distinzione tra locazione e compravendita (3. 145-147).

Non è un caso che Gaio imposti la sua intera trattazione in termini di definizione 'perimetrale', e non è un caso che l'attenzione del giurista si concentri su questi rapporti. Le fonti di questo periodo mostrano in modo univoco che le maggiori discussioni tra i *prudentes* si concentrarono su questi due fronti. Ed è pertanto a questi dibattiti che ci rivolgeremo nelle pagine seguenti — invertendo, per assecondare maggiormente lo svolgimento storico, l'ordine gaiano.

2. LA DEFINIZIONE «PERIMETRALE» DELLA 'LOCATIO CONDUCTIO' RISPETTO ALL''EMPTIO VENDITIO'. A) IL PENSIERO DI SABINO (D. 18. 1. 20).

2.1. *Il testo e le interpretazioni della dottrina.*

Nell'esegesi del responso di Quinto Mucio conservato in D. 34. 2. 34 pr.[23] avevamo analizzato anche il commento di Pomponio, e avevamo rilevato in esso una critica radicale alla soluzione del giurista repubblicano. Pomponio — come si ricorderà — sostiene che il responso di Q. Mucio è *falsum* nella parte in cui afferma che passa nella proprietà dell'orefice l'*aurum* che gli venga dato a titolo di locazione per trarne dei manufatti: in realtà, scrive il giurista adrianeo, il *dominium* non si trasferisce all'orefice, ma rimane al committente, il quale è tenuto unicamente a pagare una *merces pro opera*.

Pomponio, evidentemente, ha una visione dei confini della locazione diversa da quella dei giuristi tardo-repubblicani (Q. Mucio, ma anche Alfeno[24]). A differenza di questi ultimi, egli non riesce a concepire una *locatio conductio* in cui si realizzi un passaggio di proprietà: in D. 34. 2. 34 pr. riesce ad ammettere che l'*aurum* non sia nel patrimonio del *pater* solo ricorrendo all'espediente di trasformare l'obbligazione di restituzione dell'*aurifex* in un dovere nascente da *stipulatio*; oppure ipotizzando che l'*aurum* sia stato dato a titolo di prezzo per il

---

[23] Cfr. *supra*, cap. I § 4.
[24] Cfr. *supra*, cap. II § 1.

manufatto, in un rapporto non di locazione, bensì avvicinabile alla *permutatio*[25].

È chiaro che, ad un certo momento, negli schemi della giurisprudenza deve essersi realizzato un radicale mutamento di prospettiva. Ed io credo che vi siano elementi per ipotizzare che il punto di svolta sia rintracciabile nell'opera di Sabino.

È lo stesso Pomponio, nei suoi *libri ad Sabinum*, a fornirci la testimonianza di un responso — da riferire, secondo alcuni, ai *libri iuris civilis*[26] — che sembra indirizzare in questa prospettiva:

> Sab. fr. 82 LENEL = Pomp. 9 *ad Sab.* D. 18. 1. 20: Sabinus respondit, si quam rem nobis fieri velimus etiam, veluti statuam vel vas aliquod seu vestem, ut nihil aliud quam pecuniam daremus, emptionem videri, nec posse ullam locationem esse, ubi corpus ipsum non detur ab eo cui id fieret: aliter atque si aream darem, ubi insulam aedificares, quoniam tunc a me substantia proficiscitur.

L'argomentazione si struttura, come si vede, su due piani[27]:

a) innanzitutto si afferma che, in generale, nell'ipotesi di creazione di un alcunché di nuovo (come una statua, un vaso, o una veste)[28],

---

[25] Su tutto ciò cfr. *supra*, cap. I §§ 4.2.

[26] Il passo è ricondotto da F. P. BREMER, *Iurisprudentiae Antehadrianae quae supersunt*, II. 1, Lipsiae 1898, 359, a *responsa* non rientranti in alcuna opera del giurista, ma tramandati tradizionalmente (fr. 27). Al contrario, per R. ASTOLFI, *I libri tres iuris civilis di Sabino*, Padova 1983, 228, il testo sarebbe da ricondurre ad una rubrica *de emptionibus et locationibus* dell'opera di Sabino; ma su quest'ultima ipotesi cfr. M. BRETONE, in «Iura» 34 (1983) 220.

[27] Il testo è stato ritenuto interamente interpolato dal BESELER, *Romanistische Studien*, cit., in «ZSS» 50 (1930) 37 ss., ma questa posizione radicale è stata abbandonata dai più recenti esegeti che, al massimo, ritengono spurie le parole *etiam* e *seu vestem*: cfr. C. LONGO, *Locatio-conductio*, cit., 143; BRASIELLO, *L'unitarietà* (1927), cit., 568; MAYER-MALY, *Locatio conductio*, cit., 74; MARTINI, *Mercennarius*, cit., 20 nt. 1; ID., *Ancora sul 'mercennarius'*, in «Iura» 10 (1959) 120 ss.; THOMAS, *Non solet locatio dominium mutare*, cit., 341 e nt. 3; ID., *Locatio conductio emptio venditio und specificatio*, cit., 110 e nt. 3; BOVE, *Ricerche sugli 'agri vectigales'*, cit., 109; D. DAUBE, *'Etiam' in D. 18. 1. 20*, in «CJ» 72 (1976) = *Collected Studies in Roman Law*, II, Frankfurt am Main 1991, 1311 ss.; METRO, *Locatio conductio irregularis*, cit., 203 e nt. 41. Un discorso a parte va fatto per la porzione di testo *aliter* — fin., sulla quale, per ipotesi di interpolazione, cfr. *infra*, nt. 30.

[28] Sul valore di *etiam* nel passo, collocato alla fine della frase (che il MOMMSEN [ed.], *Digesta Iustiniani Augusti* [ed. mai.], cit., I, 516, emendava in *nobis etiam fieri velimus*, e che il KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, cit., II, 647 nt. 1, e il BREMER, *Iurisprudentia Antehadriana*, cit., II. 1, 359, ricostruivano <*non solum*> *fieri velimus,* <*sed*> *etiam* <*dari*>) cfr. DAUBE, *'Etiam' in D. 18. 1. 20*, cit., 1311 ss., il quale ipotizza che nel

qualora il committente paghi solo la *pecunia*, si avrà *emptio venditio*, e non *locatio conductio*: infatti, non è possibile ravvisare alcuna locazione in un rapporto in cui i materiali da elaborare (*corpus*) non siano forniti dal committente;

b) rispetto alla specifica ipotesi della costruzione di edifici è prospettabile una diversa soluzione (*aliter*): può aversi una locazione qualora il committente fornisca almeno l'*area* sulla quale edificare l'*insula*; in tal caso, infatti, la *substantia* proviene dal locatore.

Il rapporto tra le due fattispecie è abbastanza problematico.

In entrambi i casi, può aversi locazione quando il committente abbia fornito un alcunché — indicato in *a*) con *corpus*, in *b*) con *substantia* — all'artefice, per trarne un prodotto (statua, vaso, veste, *insula*). E poiché Sabino si preoccupa di distinguere la locazione dalla compravendita, si potrebbe ipotizzare che la necessità di una dazione del *corpus* o della *substantia* sia finalizzata, nel suo pensiero, ad evitare che possa verificarsi un passaggio di proprietà — secondo la logica che abbiamo già incontrato in Pomponio.

E tuttavia il ruolo del *corpus* e della *substantia* nelle due fattispecie non è identico. Nella prima parte del passo si afferma che 'il *corpus* stesso (*corpus ipsum*) deve essere dato da colui per il quale *id* (ossia ancora il *corpus*) viene realizzato': il *corpus*, in altre parole, sembra coincidere sia con i materiali dai quali è tratta la *res* finale, sia con la *res* stessa. Nella seconda parte del frammento, invece, la *substantia*, identificandosi con l'*area*, resta ben distinta tanto dai materiali di costruzione quanto dall'*insula* come prodotto finale. Potrebbe ipotizzarsi — e questa è stata la soluzione della dottrina[29] — che Sabino pensasse ad un'accessione dei materiali all'*area*, evitando così il trasferimento di *dominium*. Senonché anche questa ipotesi, se vale a spiegare la logica interna del responso, non spiega le ragioni per le quali Sabino ha abbandonato le posizioni tardo-repubblicane che ammettevano la possibilità di un passaggio di proprietà nella *locatio conductio*. Problema, questo, che è tanto più importante in quanto la fortuna

testo originario di Pomponio l'attuale prima frase fosse preceduta da una proposizione negativa, e che *etiam* avesse valore di 'rather': «Pomponius, that is, wrote something like this: 'if we do not buy a ready-made object, if we want an object of a definite size and shape made for us rather'» (*ibid.*, 1312 s.).

[29] Cfr. per tutti ROSSI, *Locatio-conductio operis 'irregularis'*, cit., 194; DE ROBERTIS, *I rapporti di lavoro*, cit., 181 e nt. 4.

della soluzione sabiniana presso i compilatori ha ridotto i frammenti dei *prudentes* repubblicani, dapprima, a 'eccezioni' alla regola (sabiniana), e poi, nell'elaborazione della dottrina intermedia, a esempi di locazione 'irregolare'.

Io credo che per comprendere realmente la logica di Sabino sia necessario percorrere un'altra via. E, in particolare, riterrei che ogni possibile ipotesi ricostruttiva debba tener conto di un problema sinora non affrontato dalla dottrina, e cioè l'individuazione dell'esatto rapporto tra *corpus* e *substantia* nel discorso del giurista.

2.2. *Le nozioni di* corpus *e* substantia *nel pensiero di Sabino.*

È bene precisare sin d'ora che non vi sono motivi per considerare interpolata la seconda parte del passo[30]. Anche se è vero che in tutta la prima parte il soggetto è al plurale (*nos*) mentre nella seconda esso muta al singolare (*ego*), d'altronde è necessario escludere interventi giustinianei quantomeno per il fatto che dagli scolii ai Basilici risulta chiaramente che questa porzione di testo era già in Pomponio (ὅπερ ὁ αὐτὸς Πομπ[ώνιος φησιν ἐν τῷ αὐτῷ διγ.])[31]. L'imperfezione stilistica, pertanto, può al più essere considerata come indice di un abbreviamento del testo.

Naturalmente però, proprio sulla base di queste testimonianze bizantine, potrebbe sostenersi che la seconda parte sia stata aggiunta da Pomponio. Ma neanche questa possibilità mi sembra convincente. Innanzitutto, va rilevato che la formula-

---

[30] Così invece MAYER-MALY, *Locatio conductio*, cit., 75; AMIRANTE, *Ricerche*, cit., 97 (cfr. 98 nt. 68). Cfr. anche THOMAS, *Non solet locatio dominium mutare*, cit., 341 nt. 3; ID., *Locatio conductio emptio venditio und specificatio*, cit., 110 nt. 3.

[31] Sch. [ψιλῇ] (1) ad Bas. 20. 1. 1 (SCHELTEMA, B. III, 1170): οἶδας δὲ ἐξ ὧν ὁ Οὐλπιανὸς ἐν τῷ ζ'. βιβ. τοῦ παρόντος συντάγματος τιτ. α'. διγ. ιη'. φησιν, ἤτοι βιβ. — τιτ. —, ὅτι ἔνθα τις ἐπιτάξ[ει τινὶ σκεῦος ἢ ἄλλο τι ποιῆσαι, οὐ] καθίσταται μίσθωσις, εἰ μὴ τὴν ὑλὴν τοῦ μέλλοντος πράγματος γίνεσθαι ὁ ἐπιτάξας τῷ τεχνίτῃ παρασχῇ. ὑπεξῄρηται τοῦ θέματος ὅπερ ὁ αὐτὸς Πομπ[ώνιος φησιν ἐν τῷ αὐτῷ διγ.], ἔνθα τις τεχνίτῃ δέδωκεν ἔδαφος ἐπὶ τῷ τὸν τεχνίτην ἐξ ἰδίων ὑλῶν τὸν οἶκον οἰκοδομῆσαι. L'Οὐλπιανός del testo, evidentemente erroneo, è emendato dallo Scheltema in Σαβῖνος, ma mi pare preferibile l'integrazione Πομπώνιος proposta nell'edizione Heimbach (cfr. sch. Πομπώνιος [2] ad Bas. 20. 1. 2 [HEIMBACH, II, 334] = Bas. 19. 1. 19. 1 [HEIMBACH, II, 260]), per due motivi: innanzitutto, perché si sta commentando un testo di Pomponio in cui il richiamo a Sabino non è diretto, mentre l'*antecessor* sembra compiere una citazione di prima mano; in secondo luogo — e soprattutto — perché alla fine del passo si dice ὅπερ ὁ αὐτὸς Πομπ[ώνιος φησιν], 'come dice *lo stesso* Pomponio', formulazione che sembra presupporre una precedente citazione del giurista.

zione della frase dello scolio ('come dice lo stesso Pomponio ...') non consente di affermare senz'altro che la paternità del testo sia del giurista adrianeo, ma potrebbe anche essere interpretata nel senso di 'come si legge in Pomponio', alludendo, cioè, a quest'ultimo quale mero tramite del pensiero di altri. In secondo luogo, deve essere notato che la terminologia utilizzata nel testo appare riferibile più a Sabino che non a Pomponio: quest'ultimo, infatti, usa il vocabolo *substantia* solo nel passo in esame, mentre il termine, che pure è abbastanza raro negli usi della giurisprudenza[32], sembra riconducibile al giurista più antico in vari frammenti — talora con certezza[33],

---

[32] Nel Digesto si trovano solo 51 evenienze: cfr. M. J. SCHERMAIER, *Materia. Beiträge zur Frage der Naturphilosophie im klassischen römischen Recht*, Wien - Köln - Weimar 1992, 143 s.

[33] Sab. fr. 225 LENEL è costituito da due passi paralleli di Ulpiano e Paolo (Ulp. 7 *ad ed.* D. 50. 16. 13. 1 e Paul. 7 *ad ed.* D. 50. 16. 14 pr.). Ulpiano afferma che, secondo la definizione di Sabino approvata da Pedio, le *res 'absunt'* anche quando permane (*manet*) il loro *corpus*, pur mutando la *forma*: e perciò se tali *res* siano restituite rovinate o mutate di forma, esse '*absunt*', poiché per lo più il loro valore è nel costo del lavoro, piuttosto che *in re*. Paolo ricorda che, secondo Labeone e Sabino, se siano restituite una veste strappata o una *res* rovinata, come un calice o una *tabula* di cui è stato abraso il dipinto, la *res 'abest'*, poiché il suo valore non è tanto nella *substantia*, quanto nell'*ars* necessaria per realizzarla. La ricostruzione esatta del dettato originale di Sabino è impresa probabilmente impossibile, anche perché vengono richiamati come fonti pure Pedio e Labeone. Tuttavia sono formulabili alcuni rilievi. Tra i passi vi sono evidenti corripondenze di struttura e di terminologia (entrambi iniziano con la citazione dei giuristi [Ulp.: *res — probat*; Paul.: *Labeo — existimant*], proseguono con l'indicazione delle *res* che *absunt* [Ulp.: *etiam — abesse*; Paul.: *si vestimentum — abesse*], e terminano con la motivazione dell'*abesse* [Ulp.: *quoniam — re*; Paul.: *quoniam — positum*]; inoltre, in entrambi *pretium* è usato nel senso di 'valore' [cfr. G. MELILLO, *Res abest, res intercidit*, in *Studi C. Sanfilippo*, II, Milano 1982, 405, ma *passim*], e poi le frasi *si [res] corruptae redditae sint* [Ulp.] = *si ... res corrupta reddita sit* [Paul.]; *videri [rem] abesse, quoniam* [Ulp.] = *videri rem abesse, quoniam* [Paul.]) che non solo sembrerebbero smentire i sospetti di genuinità avanzati dal BRETONE, *I fondamenti del diritto romano*, cit., 75 nt. 12, rispetto all'ultima frase di D. 50. 16. 13. 1 (*quoniam — in re*), sostanzialmente ripetuta in D. 50. 16. 14 pr. (*quoniam — positum*), ma soprattutto mostrano che entrambi i giuristi severiani stanno parzialmente ricalcando il testo di Sabino (le corrispondenze, infatti, non possono risalire né a Labeone, che Ulpiano non cita, né a Pedio, che non è citato da Paolo). Alla luce di tutto ciò — anche se, è ovvio, senza alcuna pretesa di certezza — riterrei non impossibile che il testo di Sabino contenesse sia le espressioni ulpianee '*corpus*' (che compare anche in D. 18. 1. 20) e '*forma*' (che, come vedremo tra breve, è legata all'uso di *corpus*), sia quella paolina '*substantia*' (cfr. anche BRETONE, *op. ult. cit.*, 88 nt. 38). Sembrerebbe insomma potersi concludere che, secondo Sabino, 'scompaiono' (*absunt*) anche quelle cose delle quali permane il *corpus*, ma muta la *forma*, in quanto il loro valore è più nel lavoro su di esse eseguito (*manupretium*, *ars*) che nella loro *substantia*.

Anche in Sab. fr. 181 LENEL = Gai. 2. 79 (in cui parlando della dottrina sabiniana della specificazione, si dice che secondo Sabino e Cassio, per decidere della proprietà del bene risultante dalla specificazione, occorre guardare alla *materia* e alla *substantia*),

talaltra con un certo grado di verisimiglianza[34].

---

l'attribuzione a Sabino del termine *substantia* mi sembra estremamente probabile, sia perché nel passo corrispondente delle *res cottidianae* Gaio, uniformandosi al linguaggio comunemente adottato dalla giurisprudenza posteriore, parla solo di *materia* (Gai. 2 *rer. cott.* D. 41. 1. 7. 7; cfr. anche Inst. 2. 1. 25), sia perché — come vedremo tra breve (§ 3.1) — Cassio renderà con *materia* le espressioni *corpus* e *substantia* utilizzate da Sabino in D. 18. 1. 20.

[34] In Paul. 1 *manual.* D. 17. 2. 83 — un testo verisimilmente tratto da un quasi identico frammento dei *libri ad Sabinum* (Paul 6 *ad Sab.* D. 10. 3. 19 pr.; sul rapporto tra i due passi, cfr. P. STEIN, *Pauli libri tres manualium*, in «RIDA» s. III, 7 [1960] 481 ss.; ID., *The Development of the Notion of 'Naturalis ratio'*, in *Daube noster. Essays in Legal History for D. Daube*, Edimburgh - London 1974, 308 s.; BRETONE, in «Iura» 34 [1983], cit., 223), e generalmente ricondotto nella sostanza a Sabino (cfr. STEIN, *Naturalis ratio*, cit., 308 s. e BRETONE, *loc. ult. cit.*) — Paolo si interroga sulla titolarità di un'*arbor* o di un *lapis*, originariamente posti al confine tra due fondi, una volta che siano stati divelti: i proprietari del fondo manterranno sul bene una proprietà pari a quella che avevano in precedenza, oppure l'*arbor* diverrà oggetto di proprietà indivisa (seguendo la medesima *ratio* per la quale due masse metalliche fuse in una divengono comuni *pro indiviso*, ed anzi a maggior ragione, posto che l'*arbor*, separata dal suolo, assume una propria *substantia* ridotta ad unico *corpus*)? Secondo la *naturalis ratio*, conclude Paolo, i proprietari del fondo continueranno a mantenere la medesima porzione di *arbor* o *lapis* che avevano quando questi aderivano al terreno (questa interpretazione mi sembra da preferire a quella della dottrina intermedia che, sulla base di Ulp. 25 *ad Sab.* D. 32. 1. 55. 2, riteneva che l'*arbor* tagliata assumesse una *nova substantia* e un *novum nomen*, divenendo *lignum*: cfr. gl. *multo magis* ad D. 17. 2. 83; FABRI *Rationalia*, ad D. 17. 2. 83, ed. cit., V, 219; non ci sono infatti motivi — se non esigenze di armonia sistematica, che non sono stringenti in sede di ricostruzione storica — per collegare i due passi).

Inoltre — ma sempre su un piano meramente congetturale — le corrispondenze terminologiche potrebbero indurre a pensare che la citazione di Sabino contenuta in Ulp. 24 *ad ed.* D. 10. 4. 9. 3 sia più estesa di quanto normalmente non si pensi. Prescindendo dai sospetti di interpolazione avanzati in passato soprattutto dal BESELER, *Einzelne Stellen* (1927), cit., 364; ID., *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen* (1948), cit., 316, ormai da da tempo superati (cfr. per tutti M. MARRONE, *Actio ad exhibendum*, in «AUPA» 26 [1957] 404 nt. 371 — che però considera interpolato, «a causa della sua assoluta superfluità», il periodo *quamquam — substantiam rei*: cfr. *ibid.*, 403 nt. 369 —, e B. SANTALUCIA, *Il contributo di Paolo alla dottrina della specificazione di mala fede*, in «BIDR» 72 [1969] 107 nt. 53), si ricorderà che il LENEL, *Palingenesia*, cit., II, 196, ha arrestato la citazione di Sabino alla prima frase (Sab. fr. 64 LENEL). In questa prospettiva, il testo è stato solitamente interpretato nel senso di una opposizione tra la visione (più ampia) di Sabino e quella (più ristretta) di Ulpiano: così per tutti MARRONE, *op. ult. cit.*, cit., 403 s.; SANTALUCIA, *op. ult. cit.*, 107 s. Senonché l'*ibi* del testo indica una conseguenzialità (per *ibi* nel senso di *tunc*, cfr. BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen* [1948], cit., 316, e MARRONE, *op. ult. cit.*, 404 nt. 371), e l'*utique* fa sì che il *sed* introduttivo del periodo attribuito a Ulpiano ridimensioni il suo valore avversativo, acquistando un valore meramente stilistico, simile a quello del *sed* iniziale — che non si oppone a ipotesi in cui l'*actio ad exhibendum* è negata, ma a casi in cui è ammessa, e cui segue un 'parimenti' (*sed ... aeque*). Non intendo con ciò affermare che tutto il passo sia riferibile a Sabino: da *sed hoc ibi* in poi, parla Ulpiano. Ma il tono del discorso mi sembra indirizzare, più che verso una contrapposizione fra i due giuristi, verso un tentativo ulpianeo di portare alle sue estreme conseguenze (cfr. l'*utique*) il pensiero di Sabino, attraverso le medesime premesse

Non solo. L'esame di questi testi, sul quale naturalmente qui non è possibile soffermarsi diffusamente, mostra anche altro, e cioè che il termine *substantia*, nell'uso di Sabino, si lega quasi sempre[35] ad espressioni — come *corpus*, *materia* e *forma* — che insieme ad esso paiono comporre un quadro semantico fortemente caratterizzato in senso filosofico. Si tratta di mere 'vulgarphilosophische Vorstellungen'[36], oppure è possibile ipotizzare un uso consapevole dello strumentario concettuale filosofico?

Se analizziamo il valore di *substantia* nelle fonti letterarie, notiamo che esso si distingue dalle altre espressioni (e in particolare da *materia* e *corpus*) per il fatto di non sovrapporsi ad un uso comune del

---

di quest'ultimo. In una simile prospettiva, l'ultima frase (*nam mutata forma prope interemit substantiam rei*) — sospettata di interpolazione perché 'superflua' (cfr. MARRONE, *op. ult. cit.*, 403 nt. 369) — potrebbe essere la citazione di un luogo di Sabino — eventualmente in tema di specificazione (sul rapporto tra questo passo e la dottrina della specificazione, cfr. per tutti F. WIEACKER, *Spezifikation. Schulprobleme und Sachprobleme*, in *Festschrift E. Rabel*, II, Tübingen 1954, 271 e 291; Th. MAYER-MALY, *Spezifikation: Leifälle, Begriffsbildung, Rechtsinstitut*, in «ZSS» 73 [1956] 147 s.; M. J. SCHERMAIER, *D. 41. 1. 24 und 26 pr.: Ein Versuch zur Verarbeitungslehre des Paulus*, in «ZSS» 105 [1988] 467) o di *res abesse* (ricordiamo il '*forma mutata*' di D. 50. 16. 13. 1) — utilizzata da Ulpiano per giustificare la propria 'forzatura' del pensiero del giurista più antico. In tal caso potremmo ipotizzare che Sabino affermasse che chi ha esibito una *res deterior* è ugualmente tenuto *ad exhibendum*, particolarmente nel caso in cui *dolo malo* la *res* sia stata trasformata in un *aliud corpus*, come quando una coppa venga ridotta a massa metallica: sebbene sia stata esibita la massa, si sarà comunque tenuti *ad exhibendum*, perché il mutamento di *forma* quasi distrugge la *substantia rei*.

[35] Non saprei come pronunciarmi rispetto a Paul. 54 *ad ed.* D. 41. 3. 4. 20 (*si ex lana furtiva vestimentum feceris, verius est, ut substantiam spectemus et ideo vestis furtiva erit*) e Paul. 54 *ad ed.* D. 41. 4. 2. 2 (*si sub condicione emptio facta sit, pendente condicione emptor usu non capit. idemque est et si putet condicionem extitisse, quae nondum exstitit: similis est enim ei, qui putat se emisse. contra si exstitit et ignoret, potest dici secundum Sabinum, qui potius substantiam intuetur quam opinionem, usucapere eum* ...), nei quali è impossibile — almeno, per chi scrive — distinguere il linguaggio di Sabino da quello di Paolo. In ogni caso, nel primo passo (nel quale non si cita espressamente Sabino, ma che si inserisce in un contesto di citazioni di Sabino e Cassio) il termine *substantia* ha evidentemente un'accezione materiale, indicando ciò che persiste nella trasformazione della lana in veste; nel secondo passo, invece, esso ha un valore maggiormente figurato, indicando — nell'opposizione con *opinio* — la realtà delle cose nella sua obiettività.

[36] Com'è noto, è stato di recente affermato dallo SCHERMAIER, *Materia*, cit., 56, 234, 238, 272, 301; cfr. 303 s., che i giuristi romani non avevano una reale consapevolezza del valore 'tecnico' delle nozioni filosofiche utilizzate. Mi sembra che l'esempio di Sabino contraddica l'assolutezza di simili conclusioni. In generale, una reazione fortemente critica nei confronti della teoria dello Schermaier è nelle pagine di O. BEHRENDS, *Die Spezifikationslehre, ihre Gegner und die media sententia in der Geschichte der römischen Jurisprudenz*, in «ZSS» 112 (1995) 195 ss.

termine[37], ma di essere una evidente traduzione di concetti filosofici greci. Le prime evenienze sono in Seneca[38], che utilizza l'espressione per indicare l'essenza specifica, l'identità ontologica individuata di un alcunché (οὐσία)[39], oppure il substrato (ὑπόστασις, ὑποκείμενον)[40], che Aristotele definiva come ciò che persiste nell'essere nonostante le generazioni e le trasformazioni[41], ma che Seneca rilegge in chiave stoica, identificandolo con la nozione di *corpus*[42].

---

[37] Che per *materia* e *corpus* è certo assai risalente: mi limito a rinviare a SCHERMAIER, *Materia*, cit., 5 ss. (*materia*), 139 ss. (*corpus*).

[38] Cfr. C. ARPE, *Substantia*, in «Philologus» 94 (1941) 65.

[39] Sen. phil. *dial.* 7. 7. 4: trattando della *voluptas*, Seneca afferma che non può esservi nulla di *certum* in ciò che, per sua natura, è sempre in movimento, né può esservi alcuna *substantia* in ciò che viene e passa velocissimamente per perire nel suo stesso uso, compiendosi dove cessa, e vedendo la sua fine sin dalla nascita; *epist.* 87. 40: Seneca si propone di esaminare *quae sit divitiarum, quae paupertatis substantia*; 113. 4: trattando delle discussioni filosofiche circa la natura delle virtù, se siano o meno esseri animati, Seneca scrive che le virtù sono sì atteggiamenti dell'anima (che è animale), ma ogni essere animato ha una *singula substantia*, mentre le virtù hanno un solo *animus*. Non mi sembra si possa seguire lo ARPE, *Substantia*, cit., 67 s., nel ritenere che in questi passi debba rintracciarsi non un valore parallelo a quello greco di οὐσία, ma i significati (rispettivamente) di «Vorhandensein überhaupt», «Vorkommen in der Realität», «körperliches Vorhandensein», che non avrebbero alcun rapporto con la prima categoria aristotelica perché non si oppongono agli *accidentia* (*ibid.*, 75): a quest'ultimo significato si sarebbe giunti solo allorché *substantia* sarebbe stato interpretato (attraverso i verbi *substare, subesse, subsistere*) nel senso di «das 'Zugrundeliegen'», avvicinandosi peraltro all'aristotelico ὑποκείμενον (*ibid.*, 75 s.). La ricostruzione non può essere accolta perché — a mio avviso — l'a., pur avvedendosi, rispetto ad altri passi (cfr. *infra*, nt. 40), di un uso stoico dei concetti da parte di Seneca, si pone il problema di una corrispondenza non con la nozione stoica di οὐσία (su cui cfr. *infra*, nt. 42), bensì con quella aristotelica; e di conseguenza deve ipotizzare un uso tardo di *substantia* come οὐσία.

[40] Cfr. Sen. phil. *epist.* 58. 15 (= SVF, II, 332): i Centauri, i Giganti, ecc. sono esseri incorporali (cfr. 58. 14) che, pur essendo pensabili, non hanno *substantia* (è una citazione tratta dagli *Stoici*); *quaest. nat.* 1. 6. 4 e 1. 15. 6 (cfr. 1. 15. 7). In questi passi, come nota lo ARPE, *Substantia*, cit., 65 s., *substantia* è contrapposto a *imago* e a *mendacium*, riproponendo l'opposizione stoica tra ὑπόστασις ed ἔμφασις (su cui cfr. anche, più diffusamente, H. DÖRRIE, Ὑπόστασις. *Wort- und Bedeutungsgeschichte*, in «Nachrichten der Wissenschaften in Göttingen» 1955, 35 ss., spec. 54 ss.). Nel secondo esempio, in particolare, si segue la dottrina stoica per cui gli arcobaleni, a differenza delle meteore, non hanno ὑπόστασις (Ps.-Arist. *mund.* 4 [395*a* 30 ss.]; cfr. anche ὑποκείμενον in Arist. *meteor.* 1. 2 [339*a* 29]), affermando che essi non hanno *substantia* né *corpus*; peraltro, è da notare che, nell'ultima fonte di Aristotele citata, ciò che in senso relativo è ὑποκείμενον, in senso assoluto è ὕλη; verrebbe dunque da pensare che il *corpus* di Seneca renda quest'ultimo termine.

[41] In ciò opposto all'ἀντικείμενον, inteso come quel che viene sostituito dalla nuova caratteristica assunta con la trasformazione: cfr. Arist. *phys.* 1. 7 (190*b* 10 ss.).

[42] È bene rilevare come queste due accezioni di *substantia* — la prima dipendente maggiormente da gr. οὐσία, la seconda da gr. ὑποκείμενον — nella prospettiva stoica tendano ad avvicinarsi. Se infatti Aristotele distingueva la 'materia' (ὕλη) intesa come non-

Ora, è piuttosto interessante notare che nei testi di Sabino — il quale forse scriveva ancora sotto Nerone[43], ma comunque doveva essere a quell'epoca molto vecchio, e pertanto potrebbe fornirci la prima attestazione dell'uso del termine nella lingua latina[44] — i significati assunti da *substantia* riproducono molto da vicino quelli riscontrati in Seneca. Nei frammenti del giurista, infatti, *substantia* sembra a volte indicare la *res* nel suo essere 'individuata' in sé e per sé, rendendo cioè il concetto di οὐσία[45], altre volte il 'substrato' della *res*, traducendo gr.

---

essere per accidente (cfr. Arist. *phys.* 1. 9 [192*a* 3 ss.]), e la 'forma' (εἶδος) intesa come ciò che si lega alla materia per determinare la 'sostanza' (οὐσία) — pur riconoscendo che materia e forma, in quanto costituenti la sostanza, sono a loro volta sostanza (anche se, poiché la separabilità e l'individualità ineriscono particolarmente alla sostanza, a quest'ultima saranno riferibili il sinolo e la forma in misura maggiore che non la materia: cfr. Arist. *metaph.* 7. 1. 7 [1042*a* 32 ss.]; 7. 3. 7 [1029*a* 26 ss.]) —, gli Stoici tenderanno ad indentificare, sul piano della corporeità, 'sostanza' e 'materia' (Diog. Laert. *vit. phil.* 7. 150 [= SVF, I, 87]; Plut. *anim. procr. in Tim.* 3 e 5 [1013*c*, 1014*b* e *d*]; Clem. Alex. *stromat.* 2. 4. 15 [= SVF, II, 359]; Stob. *ecl.* 1. 11. 5*a* [= SVF, I, 87]; ma cfr. Chalc. *in Tim.* 290 [= SVF, I, 86 = II, 316]: *plerique tamen silvam separant ab essentia, ut Zeno et Chrysippus*) ritenendo che sia l'una, sia l'altra, sia l'essere individuale risultante dall'intervento della 'forma' sulla 'sostanza-materia', siano entità corporali (*corpus*, σῶμα): cfr. per tutti Diog. Laert. *vit. phil.* 7. 150 (= SVF, III, 32); Theodoret. *graec. affect. cur.* 58. 10 (= SVF, II, 305); Plot. *Enn.* 2. 6. 1 (= SVF, II, 320); 4. 7. 9 (= SVF, II, 375); 6. 1. 26 (= SVF, II, 315); Aet. *Plac.* 1. 9. 7 (= SVF, II, 325); Alex. Aphr. *mixt.* 224. 32 BRUNS (= SVF, II, 310); *anim.* 17. 15 BRUNS (= SVF, II, 394); Clem. Alex. *stromat.* 2. 4. 15 (= SVF, II, 359). Ma cfr. la distinzione di Crisippo tra 'corpo' e 'parti del corpo' in Alex. Aphr. *anim.* 18. 10 BRUNS (= SVF, II, 793).

[43] Cfr. per tutti BREMER, *Iurisprudentia Antehadriana*, cit., II. 1, 314; KRÜGER, *Geschichte*[2], cit., 164, sulla base di Gai. 2. 218.

[44] Ossia prima di Seneca, indicato come uso più antico dallo ARPE, *Substantia*, cit., 65 (ma l'a. riconosce che, poiché Seneca non si preoccupa di spiegarne il significato, è probabile che questi non abbia coniato il termine, ma abbia utilizzato un vocabolo preesistente: cfr. *ibid.*, 66). E, ancor più, prima di Quintiliano, indicato come primo autore da C. PRANTL, *Geschichte der Logik im Abendlande*, I[2], Leipzig 1885 = *Storia della logica in Occidente*, I, Firenze 1937, 514. Il termine si ritrova nel linguaggio dei giuristi ancora prima, ma nel diverso senso di 'patrimonio': cfr. Alf. 5 *dig.* D. 35. 1. 27 (su cui cfr. tuttavia LEVY - RABEL [cur.], *Index Interpolationum*, cit., II, 308 s.; tenendo conto degli usi di Sabino, mi pare comunque erronea l'affermazione di J. A. C. THOMAS, *Form and Substance in Roman Law*, in «Current Legal Problems» 19 [1966] 161, secondo il quale la prima utilizzazione da parte di un giurista sarebbe in Iul. 35 *dig.* D. 7. 1. 34. 2). Sul rapporto tra *substantia* ed *essentia* nelle traduzioni latine di concetti greci, e sulla probabile invenzione di quest'ultimo termine da parte di Cicerone, cfr. J. PÉPIN, *Attitudes d'Augustin devant le vocabulaire philosophique grec. Citation, translittération, traduction*, in AA.VV., *La langue latine, langue de la philosophie* (Actes Rome 1990), Rome 1992, 287 ss.

[45] Così in D. 17. 2. 83 e D. 10. 4. 9. 3. Nel primo testo — nel quale ritorna tanto il riferimento a *corpus* e *substantia*, quanto il richiamo alla *naturalis ratio* (di Gai. 2. 79 e D. 41. 1. 7. 7) — si afferma (cfr. *supra*, nt. 34) che le porzioni di proprietà di un albero originariamente posto al confine tra due fondi restano uguali anche quando l'albero venga divelto, e ciò anche se, una volta distaccato dal fondo, l'albero non è più legato ad esso ma

ὑποκείμενον[46]. E anche *corpus*, come in Seneca, talvolta pare designare la *res* nella sua mera materialità[47], talaltra la *res* nel suo complesso[48].

Sembrerebbe possibile concludere, insomma, che Sabino stia utilizzando queste espressioni facendo riferimento ad una prospettiva teoretica ben precisa, quella dello stoicismo. Nei suoi responsi, '*corpus*' è utilizzato per indicare tanto la materia (ὕλη[49]) che viene modellata dalla *forma* fino a creare la *res*, quanto la *res* stessa; '*sub-*

---

assume una sua individualità 'ontologica' (*substantia*) in virtù dell'essere contenuto in una entità materiale (*corpus*) distaccata e diversa dal terreno. (Peraltro, si potrebbe pensare ad una influenza, sul responso, della dottrina stoica secondo la quale tutti gli esseri la cui natura non è *simplex* o *solitaria*, ma *cum alio iuncta atque conexa*, devono avere in sé un principio direttivo [*principatum*, ἡγεμονικόν], che nelle *arbores* e in tutte quelle *res quae gignuntur e terra* viene rintracciato nelle radici [Cic. *nat. deor.* 2. 29; sulla derivazione di questa parte del *de natura deorum* dalle dottrine stoiche, cfr. per tutti R. PHILIPPSON, *M. Tullius Cicero (Die philosophischen Scriften)*, in «RE» VII. A. 1, Stuttgart 1939, 1154 s.]. In tal modo si potrebbe spiegare perché per Sabino [?]-Paolo l'*arbor* acquista una *propria substantia* distaccata dal terreno; ma si tratta in tutta evidenza di una congettura inverificabile.) Rispetto al secondo frammento, va rilevato che esso — nell'affermare che il mutamento di *forma* quasi distrugge la *substantia rei* — non si pone necessariamente in contrasto con la prospettiva stoica, la quale non può essere definita senz'altro 'materialistica' (cfr. *infra*, nt. 46), e dunque non c'è alcun motivo per pensare, con A. HÄGERSTRÖM, *Der römische Obligationsbegriff im Lichte der allgemeinen römischen Rechtsanschauung*, I, Uppsala - Leipzig 1927, 246 nt. 1, che Ulpiano stia seguendo una prospettiva proculeiana.

[46] Così in D. 50. 16. 14 pr. e Gai. 2. 79 (e, come vedremo, in D. 18. 1. 20). Il primo passo (che, come si è detto, va inserito nel complessivo Sab. fr. 225 LENEL) induce peraltro a riflettere sulle usuali ricostruzioni della dottrina sabiniana della specificazione, per le quali la matrice stoica della soluzione giuridica andrebbe ravvisata nell'identità tra *materia / corpus* e *res* finale; come ha ben dimostrato lo SCHERMAIER, *Materia*, cit., 192 ss., tanto in Sabino quanto in Cassio (cfr. Cass. fr. 106 LENEL = Gai. 2. 79 e Cass. fr. 45 LENEL = Paul. 29 *ad ed.* D. 13. 7. 18. 3, su cui *ibid.*, 224 ss.) il problema della specificazione si pone a livello di individuazione del titolare del *dominium*, non in termini di 'Sachidentität' (cfr., in questo senso, anche SANTALUCIA, *Specificazione*, cit., 106 nt. 49). In realtà, lo stoicismo non riduce tutto a materia: la ὕλη è la materia 'paziente' (πάσχον) su cui opera il λόγος, che rappresenta la causa 'agente' (ποιοῦν), al fine di creare l'essere, l'οὐσία (cfr. per tutti M. POHLENZ, *Die Stoa. Geschichte einer geistigen Bewegung*, Göttingen 1959 = *La Stoa. Storia di un movimento spirituale*, Firenze 1967, 124 ss.); è vero che per gli stoici «tutto ciò che agisce o patisce deve essere corporeo» (*ibid.*, 122), ma la loro dottrina non può essere etichettata frettolosamente come 'materialistica' (*ibid.*, 119 ss., e spec. 124 nt. 5).

[47] Cfr. D. 17. 2. 83 e D. 50. 16. 13. 1 (e, come vedremo, D. 18. 1. 20). In D. 41. 1. 7. 7, invece di *corpus* e *forma*, troviamo *materia* e *species*, ma questa terminologia potrebbe non essere di Sabino, considerando che egli distingueva tra *corpus* e *substantia*, e che nel testo di Gaio *substantia* e *materia* vengono invece dati come sinonimi.

[48] Così, come vedremo, in D. 18. 1. 20. Anche in D. 10. 4. 9. 3, '*corpus*' indica la 'cosa' nel suo complesso, e la 'materia' della cosa è piuttosto significata da '*res*': *si ... in aliud corpus res sit translata*; ma tutta la porzione di testo (*sed hoc — tenebitur*) potrebbe dover essere riferita a Ulpiano.

[49] Al posto del più diffuso *materia*; un altro termine latino poco usato per tradurre gr. ὕλη è *silva*: cfr. Chalc. *in Tim.* 280, 290 (= SVF, II, 321; I, 86 = II, 316).

stantia', invece, può indicare tanto il 'substrato' (ὑποκείμενον) che permane nelle trasformazioni della *res*, quanto la *res* formata come οὐσία. E un'ulteriore prova di questo legame culturale della scuola sabiniana con lo stoicismo può essere dedotta, *aliunde*, dalla sostituzione, operata da Cassio, del concetto di '*substantia*' con quello di '*materia*' — sostituzione, questa, che è concepibile solo in una prospettiva stoica[50].

2.3. *La* ratio decidendi *del responso.*

Torniamo a D. 18. 1. 20.

Come avevamo notato, *corpus* indica, nel passo, sia il materiale che deve essere fornito dal committente, sia la *res* finale (*ubi corpus ipsum non detur ab eo cui id fieret*). Ambiguità, questa, che è solo apparente, in quanto riflette il significato, di derivazione filosofica, assunto dal termine negli altri testi sopra richiamati.

Da parte sua, *substantia* ha nel frammento un significato solo parzialmente coincidente con *corpus*: il termine non indica né i materiali con cui è realizzata l'*insula*, né l'*insula* nel suo complesso. E, tuttavia, questa seconda nozione svolge, nella logica del responso, un ruolo perfettamente parallelo a quello assunto dalla prima, consentendo entrambe di ricondurre il negozio alla locazione.

Per quale motivo?

Rileggiamo il passo, partendo dall'analisi di quella che è presentata dal giurista come la regola generale, ossia la necessaria dazione del *corpus*.

È stato rilevato, già dal secolo scorso, che le dottrine dello stoicismo hanno influenzato il pensiero dei Sabiniani anche in tema di specificazione[51]. Ora, a me pare che le contrapposte posizioni

---

[50] Sulla necessità di leggere il *materia et substantia* di Gai. 2. 79 in chiave stoica, cfr. anche BRETONE, *I fondamenti del diritto romano*, cit., 88 (il quale tuttavia intende *substantia* nel senso di οὐσια).

[51] Sul rapporto tra concettualizzazioni filosofiche e dottrina della specificazione, cfr. O. FISCHER, *Das Problem der Identität und der Neuheit mit besonderer Berücksichtigung der Spezifikation*, in *Festgabe R. von Jhering*, Breslau 1892, 48 ss.; P. SOKOLOWSKI, *Die Lehre von der Specification. Ein Beispiel römischer Juristenphilosophie in ihrem Verhältniss zur modernen Gesetzgebung*, in «ZSS» 17 (1896) 252 ss.; ID., *Die Philosophie im Privatrecht. I. Sachbegriff und Körper in der klassischen Jurisprudenz und der modernen Gesetzgebung*, Halle 1907, 92 ss.; HÄGERSTRÖM, *Der römische Obligationsbegriff*, cit., I, 244 ss.; H.

delle due *sectae* rispetto a questa tematica non potessero non influire sulle rispettive convinzioni in materia di *locatio conductio*[52].

a) La dottrina della *specificatio* propugnata dai Proculeiani non comportava di per sé motivi di dissenso con la costruzione della *locatio conductio* ereditata dalla giurisprudenza repubblicana. Poiché essi ritenevano che la proprietà di un manufatto spettasse comunque all'artefice, non dovevano ravvisare differenza alcuna tra il caso in cui i materiali provenissero da quest'ultimo (che si sarebbe fatto pagare il relativo *pretium materiae*, sempre all'interno del contratto di locazione) oppure dal committente (che in tal caso avrebbe avuto il loro valore *in obligatione*). In entrambe le ipotesi vi sarebbe stato almeno un passaggio di proprietà: quello della *res* finale dall'*artifex* al committente[53].

b) Completamente diversa è la prospettiva dei Sabiniani. Questi ultimi affermavano che, in caso di specificazione, la proprietà della *res* prodotta era del *dominus* dei materiali, e pertanto, trasportando il discorso sul piano della *locatio conductio*, non potevano ammettere l'idea muciana che l'*aurum* dato all'artefice passasse nel suo *dominium*. In altre parole, nella prospettiva sabiniana, l'unitaria prospettiva repubblicana — secondo la quale l'artefice era in ogni caso pro-

---

COING, *Zum Einfluß der Philosophie des Aristoteles auf die Entwicklung des römischen Rechts*, in «ZSS» 69 (1952) 56 s.; WIEACKER, *Spezifikation*, cit., 263 ss. (spec. 279 ss.); MAYER-MALY, *Spezifikation*, cit., 120 ss. (spec. 127); THOMAS, *Form and Substance in Roman Law*, cit., 145 ss., spec. 147; J. PLESCIA, *The Case of Specification in Roman Law*, in «Iura» 24 (1973) 214 ss.; G. THIELMANN, *Zum Eigentumserwerb durch Verarbeitung im römischen Recht*, in *De iustitia et iure. Festgabe U. von Lübtow*, Berlin 1980, 189 ss.; SCHERMAIER, *D. 41. 2. 24 und 26 pr.*, cit., 436 ss.; ID., *Materia*, cit., 191 ss. (spec. 211 ss.); BEHRENDS, *Die Spezifikationslehre*, cit., 195 ss.; BRETONE, *I fondamenti del diritto romano*, cit., 71 ss., 81 ss. A queste problematiche sono spesso stati connessi anche i passi ricordati in precedenza: su D. 50. 16. 13. 1 e 14 pr., cfr. per tutti BEHRENDS, *op. ult. cit.*, 209 nt. 23; su D. 10. 4. 9. 3, cfr. già la gl. *substantiam* ad D. 10. 4. 9. 3 (su cui cfr. G. OTTE, *Die Aristoteleszitate in der Glosse. Beobachtungen zur philosophischen Vorbildung der Glossatoren*, in «ZSS» 85 [1968] 369), e GOTHOFREDI *Corpus iuris civilis*, ad D. 10. 4. 9. 3, ed. cit., 190, su cui cfr. SCHERMAIER, *Materia*, cit., 145 (cfr. anche *ibid.*, 215); SOKOLOWSKI, *Die Philosophie im Privatrecht*, cit., I, 502 s. nt. 48 e 535 s. nt. 330 (che pensa a influenze peripatetiche, ma sulla base di una ricostruzione alquanto semplificata della dottrina stoica); HÄGERSTRÖM, *Der römische Obligationsbegriff*, cit., I, 246 nt. 1 (che pensa a influenze stoiche); la contraria posizione dello HAYMANN, *Zur Klassizität des periculum emptoris*, cit., 373 s. è piuttosto isolata.

[52] Il nesso fra i due problemi è stato còlto, pur se giungendo ad esiti diversi, anche dal THOMAS, *Non solet locatio dominium mutare*, cit., 350 ss.; ID., *Locatio conductio emptio venditio und specificatio*, cit., 123 ss.; ID., *Form and Substance in Roman Law*, cit., 159.

[53] Sulla probabile posizione dei Proculeiani cfr. *infra*, § 4.

prietario dei materiali che elaborava, da chiunque provenissero — doveva necessariamente scindersi in due ipotesi distinte:

b_1) da un lato, la fattispecie in cui l'artefice elabora materiali del committente, nella quale non si realizza mai un trasferimento di *dominium*, in nessuna direzione;

b_2) dall'altro, la fattispecie in cui l'artefice elabora materiali propri, che vengono successivamente trasferiti nella proprietà del committente.

Di fronte a questa distinzione, del tutto nuova rispetto alla tradizione precedente[54], Sabino ha scelto di ricondurre la prima fattispecie alla locazione, e la seconda alla compravendita.

In questa scelta, come si intuisce, operano due criteri:

— da un lato, le premesse filosofiche (verisimilmente mediate dalla teoria della *specificatio*) che hanno indotto il giurista a distinguere tra loro le due forme di committenza: premesse, queste, che incidono solo indirettamente nella scelta del contratto, ma che, forse per il loro valore culturale e ideologico, in D. 18. 1. 20 sono rese in modo esplicito attraverso l'adozione di una terminologia filosofica;

— dall'altro, una volta distinte le fattispecie, il criterio giuridico del trasferimento del *dominium*: criterio che nel passo è solo implicito, ma che è chiaramente il profilo che ha influito più direttamente sulla scelta dei contratti e che, non a caso, nell'interpretazione del testo sviluppatasi sin dagli *antecessores* bizantini è stato assunto a fulcro dell'intera soluzione[55].

---

[54] Per il BEHRENDS, *Die Rechtsformen des römischen Handwerks*, cit., 194 nt. 266, l'influsso della dottrina della specificazione sulla *locatio conductio* si sarebbe verificata già con Servio, e sarebbe dimostrata dal periodo *respondit — in creditum iri* di D. 19. 2. 31: «der Werkbesteller kreditiert im zweiten Fall, weil der Stoff durch Verarbeitung, obwohl weiter der gleichen Gattung angehörig (Silber- oder Goldgegenstand), eine neue *species* (Vase, Ring) schafft». Tuttavia, anche se effettivamente vi sono dei frammenti di Servio in tema di specificazione (cfr. Serv. fr. 67 LENEL = Paul. 14 *ad Sab.* 41. 1. 26 pr.), non mi pare che da D. 19. 2. 31 (su cui cfr. *supra*, cap. II § 1) si faccia mai questione di 'Verarbeitung': è chiaro che l'*aurum* deve essere lavorato per ottenere gli *anuli*, ma non è questo aspetto che interessa il giurista, quanto il fatto che la restituzione debba essere nel *tantundem eiusdem generis*. Volendo accogliere la teoria del Behrends, a mio modesto avviso, non potrebbe spiegarsi il rapporto tra l'esemplificazione dei *duo genera rerum locatarum* e il caso concreto proposto al giurista — ossia il trasporto di grano, che certo non ha nulla a che vedere con una 'Verarbeitung'.

[55] Per l'interpretazione del testo in questa prospettiva mi limito a citare sch. [ψιλῇ] (1) ad Bas. 20. 1. 1 (SCHELTEMA, B. III, 1170): (dopo aver richiamato D. 19. 2. 22. 2 e D. 18. 1. 65, sui quali cfr. *infra*, §§ 4 e 3.2) ὅτι τότε [πρᾶσις ἐστιν], ἡνίκα ἡ δεσποτεία τοῦ

Sabino, in tal modo, irrigidisce e assolutizza una regola — quella del non-trasferimento del *dominium* — che, almeno a stare alle fonti pervenuteci, fino a Labeone aveva funzionato solo indirettamente, nel senso che non aveva portato ad escludere che potesse esservi locazione laddove passasse la proprietà, ma solo ad affermare che non potesse aversi *emptio venditio*, bensì eventualmente *locatio conductio*, quando le parti si fossero accordate affinché non si trasferisse il *dominium*[56].

Sabino rovescia il principio e lo trasforma nel criterio fondamentale di distinzione tra *locatio conductio* ed *emptio venditio*: quando vi è trasferimento di *dominium* non può esservi locazione, bensì compravendita. Il profilo della committenza (remunerata) e dell'attività svolta dall'artefice — che evidentemente per i giuristi tardo-repubblicani era sufficiente a qualificare il negozio come locazione, anche quando si fosse verificato un trasferimento di proprietà — appare posto completamente in secondo piano: come scriverà Teofilo parafrasando il testo delle Istituzioni giustinianee (nelle quali si accoglie la dottrina sabiniana), è come se l'*opera* divenisse oggetto di accessione (τὸ γὰρ τῆς ἐργασίας ἐστὶν ἐν παρακολουθήματι)[57].

Una dottrina così rigida non poteva tuttavia non scontrarsi con la diffusa prassi secondo la quale i materiali di costruzione di edifici erano forniti, in tutto o in parte, dall'appaltatore[58].

Se Catone rispetto alla *villa* testimonia una pratica opposta[59], è anche vero che il contesto economico in cui si realizza la committenza di un edificio

---

πράγματος εἰς ἕτερον ἐξ ἑτέ[ρου μεταφέρεται]; PLACENTINI *Summa Codicis*, ad C. 4. 65, ed. Moguntiae 1536, 190: «idem (*sc.* transit dominium) si quis locatione contracta, redemerit opus faciendum in alieno solo de sua materia et sua opera»; FABRI *Rationalia*, ad D. 18. 1. 20, ed. cit., V, 249; GLÜCK, *Pandecten*, cit., XVII, 319 s. = *Pandette*, cit., XIX, 92 s. (§ 1048).

[56] Cfr. *supra*, cap. III § 4.

[57] Theoph. *paraphr.* 3. 24. 4.

[58] L'AMIRANTE, *Ricerche*, cit., 76, nega, sulla base del testo di Catone, che una simile prassi si sia sviluppata, ma nel far ciò egli deve: non tener conto delle testimonianze di Cicerone (su cui cfr. *supra*, cap. I nt. 64); considerare eccezionale la notizia di una dazione del *lapis* da parte dell'appaltatore in D. 19. 2. 30. 3 (su cui cfr. ancora *supra*, cap. II § 4), nonché isolata la soluzione di Paolo in D. 19. 2. 22. 2 (su cui cfr. *infra*, § 4); e infine — ciò che qui più interessa — ritenere spuria la frase finale di D. 18. 1. 20 (cfr. *ibid.*, 98 nt. 68).

[59] Cat. *agr.* 14 (su cui cfr. *supra*, cap. I § 2.1).

di campagna e quello relativo alla committenza di un'*insula* urbana sono profondamente diversi. Anche prescindendo dall'intonazione generale dell'opera catoniana, che invita all'ottimizzazione delle risorse del fondo con un minimo ricorso all'acquisto di beni esterni, è chiaro che un proprietario di campagna doveva avere una facilità molto maggiore di procurarsi materiali di costruzione rispetto ad un committente di città. È estremamente probabile, dunque, che nella costruzione delle *insulae* si fosse portati ad affidare all'appaltatore — che di sicuro non aveva difficoltà ad organizzarsi in questo senso — anche l'incarico del reperimento dei materiali. Questa prassi è testimoniata per il I sec. a.C. da Cicerone (per le locazioni pubbliche) e da Alfeno[60], ed è indirettamente attestata per il I sec. d.C. dal passo di Sabino qui esaminato, nonché da Ulpiano[61] e, come vedremo, da Paolo[62], ancora nel III sec. d.C.

Se Sabino avesse ricondotto anche questa consuetudine all'*emptio venditio*, egli non solo si sarebbe posto in radicale contrasto con gli schemi negoziali tradizionali, ma avrebbe in diversi casi verisimilmente alterato l'equilibrio tra le posizioni delle parti: basti pensare, richiamando un altro frammento del medesimo giurista[63], ai problemi che poteva porre, se ricondotto a compravendita, il caso di un'*insula* solo parzialmente costruita, distrutta da un terremoto[64]. Di fronte a difficoltà pratiche tanto gravi, Sabino si sforza di ricondurre anche la seconda fattispecie alla regola generale. E, per conferire comunque coerenza al suo discorso, giustifica l'eccezione ancora una volta su due piani — giuridico e filosofico.

Da un lato, così come è estremamente probabile che egli ravvisasse nell'*area* una *pars insulae*, allo stesso modo è verisimile che — come i giuristi successivi[65] — già egli riconducesse questa visione al principio dell'accessione, e che dunque ritenesse che i materiali di costruzione divenissero *statim* di proprietà del proprietario del fondo —

[60] Cfr. *supra*, cap. II § 4.

[61] Ulp. 17 *ad ed.* D. 6. 1. 39 pr. (riportato *infra*, nt. 66).

[62] Paul. 34 *ad ed.* D. 19. 2. 22. 2, su cui cfr. *infra*, § 4.

[63] Sab. fr. 96 LENEL = Iav. 5 *Lab. post.* D. 19. 2. 59: *Marcius domum faciendam a Flacco conduxerat: deinde operis parte effecta terrae motu concussum erat aedificium. Massurius Sabinus, si vi naturali, veluti terrae motu hoc acciderit, Flacci esse periculum.*

[64] Ma si pensi anche alla mancata protezione del committente rispetto a casi di subappalto, di intervento nell'esecuzione dell'opera, di collaudo, ecc.; dell'artefice — qualora si ipotizzasse un inserimento nel rapporto di una sorta di *pactum displicentiae* (cfr. in questo senso CORBINO, *La commissione di anelli*, cit., 151 s.) — rispetto alla eventuale insoddisfazione dell''acquirente'.

[65] Cfr., in questo senso, Paul 15 *quaest.* D. 46. 3. 98. 8: *pars enim insulae area est et quidem maxima, cui etiam superficies cedit.*

salvo l'obbligo di pagare il *pretium materiae* e le *mercedes fabrorum*[66]. In tal modo, la proprietà dei materiali non passava al committente in virtù del contratto, ma per il principio dell'accessione dei materiali (del costruttore) al suolo (del committente), e pertanto si poteva continuare a parlare di *locatio conductio*.

Per un altro verso, le stesse concettualizzazioni filosofiche cui Sabino si era ispirato gli offrivano la possibilità di armonizzare la 'regola' della prima parte del passo con l''eccezione' della seconda, all'interno della medesima *naturalis ratio*[67]. Attraverso la nozione di *substantia* (ὑποκείμενον), infatti, Sabino poteva interpretare l'*area* — che per i giuristi romani è una *pars* dell'edificio[68] — come il 'substrato' dell'*insula* che permane e che garantisce continuità, pur nella trasformazione, tra la *res* precedente la costruzione e la *res* costruita. In tal modo — così come la *substantia* (ὑποκείμενον) e il *corpus* (ὕλη), pur restando distinti sul piano teoretico[69], erano ritenuti svolgere una medesima funzione nei processi di trasformazione degli esseri — l'*area* poteva essere posta sullo stesso piano funzionale dei materiali dal quale vengono tratti *statua*, *vas* o *vestis*[70], pur non identificandosi né con i materiali di costruzione né con la *res* finale.

Ricapitolando: le convinzioni filosofiche di Sabino hanno probabilmente provocato la rottura con la tradizione giurisprudenziale pre-

---

[66] Gai. 2 *rer. cott.* D. 41. 1. 7. 12: *ex diverso si quis in alieno solo sua materia aedificaverit, illius fit aedificium, cuius et solum est, et, si scit alienum solum esse, sua voluntate amisisse proprietatem materiae intellegitur: itaque neque diruto quidem aedificio vindicatio eius materiae competit. certe si dominus soli petat aedificium nec solvat pretium materiae et mercedes fabrorum, poterit per exceptionem doli mali repelli, utique si nescit qui aedificavit alienum esse solum et tamquam in suo bona fide aedificavit: nam si scit culpa ei obici potest, quod temere aedificavit in eo solo, quod intellegeret alienum* (cfr. anche il § 10); Ulp. 17 *ad ed.* D. 6. 1. 39 pr.: *redemptores, qui suis cementis aedificant, statim cementa faciunt eorum, in quorum solo aedificant.*

[67] Sul criterio della *naturalis ratio* per la scuola sabiniana, cfr. STEIN, *Naturalis ratio*, cit., 77, e BRETONE, *I fondamenti del diritto romano*, cit., 85 (che tuttavia è critico rispetto alla limitazione di una simile preoccupazione alla sola scuola sabiniana).

[68] Cfr. Paul. 5 *ad Sab.* D. 8. 2. 20. 2: *area pars est aedificii*; Paul 15 *quaest.* D. 46. 3. 98. 8: *pars enim insulae area est et quidem maxima, cui etiam superficies cedit*; Paul. 6 *brev.* D. 13. 7. 21: *domo pignori data et area eius tenebitur: est enim pars eius.*

[69] In quanto l'una opera a un livello maggiormente logico, l'altro a un livello strettamente ontologico.

[70] È interessante notare come, nella rilettura di *substantia* alla luce del significato del termine come οὐσία, il passo venga così reso dal VAN BYNKERSHOEK, *Observationes iuris Romani*, VIII. 4, in *Opera*, cit., I, 253): «substantia scilicet areae, quae locatoris est, absorbet substantiam materiae, quae est conductoris».

cedente, ponendosi in linea con le convinzioni del giurista in tema di specificazione. Ma anche se nel passo le premesse filosofiche del responso vengono messe in primo piano, la scelta della figura contrattuale cui ricondurre il rapporto è determinata da considerazioni strettamente giuridiche, e in particolare dal criterio della trasmissione del *dominium*. Ed è questo il profilo che, ai fini della definizione 'perimetrale' della locazione, rileva maggiormente.

3. (Segue:) B) LA 'MEDIA SENTENTIA' DI CASSIO (GAI. 3. 147) E LA SORTE DELLA TEORIA SABINIANA NELLA GIURISPRUDENZA POSTERIORE.

3.1. *La* media sententia *di Cassio (Gai. 3. 147).*

La prospettiva di Sabino — che pure avrà una notevolissima fortuna presso i giustinianei e all'interno della tradizione romanistica, finendo per disegnare la stessa *natura* del contratto di locazione — non si affermò inizialmente senza contrasti. Gaio ci informa non solo di discussioni esterne alla scuola sabiniana, con quei giuristi che continuavano a seguire l'indirizzo interpretativo repubblicano, ma anche di un dissenso interno alla *secta*, sorto tra Sabino e il suo allievo Cassio:

> Cass. fr. 139 LENEL = Gai. 3. 147: item quaeritur, si cum aurifice mihi convenerit, ut is ex auro suo certi ponderis certaeque formae anulos mihi faceret et acciperet verbi gratia denarios CC, utrum emptio et venditio an locatio et conductio contrahatur. Cassius ait materiae quidem <em>ptionem venditionemque contrahi, operarum autem locationem et conductionem; sed plerisque placuit emptionem et venditionem contrahi. atqui si meum aurum ei dedero mercede pro opera constituta, convenit locationem conductionem contrahi.

La fattispecie discussa nel testo — riprodotto succintamente nelle *res cottidianae*[71] e più fedelmente nelle Istituzioni giustinianee[72]

[71] Gai. 2 *rer. cott.* D. 19. 2. 2. 1: *adeo autem familiaritatem aliquam habere videntur emptio et venditio, item locatio et conductio, ut in quibusdam quaeri soleat, utrum emptio et venditio sit an locatio et conductio. ut ecce si cum aurifice mihi convenerit, ut is ex auro suo anulos mihi faceret certi ponderis certaeque formae et acceperit verbi gratia trecenta, utrum emptio et venditio sit an locatio et conductio? sed placet unum esse negotium et magis emptionem et venditionem esse. quod si ego aurum dedero mercede pro opera constituta, dubium non est, quin locatio et conductio sit.* Non mi sembra necessario pensare — con C. LONGO,

— è, come si vede, vicina a quella che era stata oggetto del responso di Q. Mucio. Se tra *Ego* e un *aurifex* si è convenuto che quest'ultimo, con il proprio oro, realizzi per *Ego* degli anelli di un certo peso e di una certa forma, e a tal fine abbia ricevuto, *verbi gratia*, duecento denarii, deve ritenersi sia stata contratta un'*emptio venditio* o una *locatio conductio*? Cassio — ricorda Gaio — aveva ritenuto di ravvisare nel rapporto due negozi, distinguendo tra *emptio venditio* della *materia* e *locatio conductio* delle *operae*. Ma la soluzione maggioritaria e prevalente fu quella di ricondurre il negozio unitariamente[73] alla compravendita. Nessuna discussione si verificò invece[74] per il caso in cui l'oro fosse stato del committente, essendo unanime la qualificazione del negozio come locazione[75].

Il brano — che in passato è stato considerato in tutto o in parte spurio, ma che la dottrina più recente giudica senz'altro genuino[76] — testimonia l'esistenza, nel dibattito circa i confini della locazione, di

---

Locatio conductio, cit., 145 — ad una abbreviazione del testo da parte dei giustinianei: è vero che, eliminato il ricordo della teoria cassiana, l'*unum esse negotium* «combatte contro il vuoto», ma non si vede la logica della soppressione da parte dei compilatori (che poi hanno riprodotto Gai. 3. 147 in Inst. 3. 24. 4 senza sostanziali modificazioni), e soprattutto non è da escludere un rinvio implicito di Gaio alla teoria di Cassio (cfr., in questo senso, anche CORBINO, *La commissione di anelli*, cit., 139 nt. 1), che doveva essere nota; peraltro, stilisticamente, il *magis emptionem et venditionem esse* si lega bene alla frase precedente: 'si preferisce ritenere che il negozio sia uno, e che sia piuttosto compravendita'.

[72] Inst. 3. 24. 4: *item quaeritur, si cum aurifice Titio convenerit, ut is ex auro suo certi ponderis certaeque formae anulos ei faceret et acciperet verbi gratia aureos decem, utrum emptio et venditio an locatio et conductio contrahi videatur? Cassius ait materiae quidem emptionem venditionemque contrahi, operae autem locationem et conductionem. sed placuit tantum emptionem et venditionem contrahi. quodsi suum aurum Titius dederit mercede pro opera constituta, dubium non est, quin locatio et conductio sit.*

[73] Cfr. il parallelo Gai. 2 *rer. cott.* D. 19. 2. 2. 1: *placet unum esse negotium*

[74] Sul valore avversativo di *atqui* nel passo, cfr. B. KÜBLER, *'Atquin'. Kritische Studien zur Interpolationenforschung*, in «ZSS» 42 (1921) 516 s. (contrario, ma senza argomentare, BESELER, *Einzelne Stellen* [1922], cit., 537).

[75] Per C. LONGO, *Appunti sul deposito irregolare*, cit., 144 (cfr. anche BRASIELLO, *L'unitarietà* [1927], cit., 567 nt. 2, e METRO, *Locatio conductio irregularis*, cit., 200 s. ntt. 33 e 37), il *convenit* farebbe pensare a discussioni giurisprudenziali anche su questo punto; ma cfr. *contra*, per tutti, BONIFACIO, *Ricerche sul deposito irregolare*, cit., 97.

[76] F. KNIEP, *Gai institutionum commentarius*, III. 2, Jena 1917, 316 ss. considerava il passo interamente spurio; BESELER, *Einzelne Stellen* (1922), cit., 537; ID., *Romanistische Studien* (1930), cit., 34 s. espungeva *atqui* — fin.; S. SOLAZZI *Due note alle Istituzioni di Gaio*, in *Atti del Congresso Internazionale di Diritto romano* (Verona 1948), III, Milano 1951 = *Scritti di diritto romano*, V, Napoli 1972, 472, restituiva il testo originale della citazione di Cassio come segue: *Cassius ait locationem et conductionem, sed plerisque placuit emptionem et venditionem contrahi.* Assumono il testo come genuino, fra gli altri, il BRASIELLO, *L'unitarietà* (1927), cit., 567 e 572 s.; MAYER-MALY, *Locatio conductio*, cit., 74; AMIRANTE, *Ricerche*, cit., 90 ss.; THOMAS, *Non solet locatio dominium mutare*, cit.,

almeno tre contradditori:

a) una prima corrente giurisprudenziale, che evidentemente accoglieva la dottrina tradizionale repubblicana (Q. Mucio e Alfeno), e pertanto riconduceva alla *locatio conductio* anche il negozio in cui i materiali fossero stati forniti dallo stesso artefice — corrente la cui esistenza è dimostrata dal fatto che il dibattito è inizialmente impostato da Gaio in termini di completa alternativa tra i due contratti;

b) una seconda corrente (quella dei *plerique*), che contestava la possibilità di un trasferimento di *dominium* all'interno di una locazione, riconducendo di conseguenza l'intero negozio ad *emptio venditio* — visuale, questa, che è unanimemente identificata con quella di Sabino e di quanti lo seguivano[77];

c) infine, una terza dottrina, propugnata da Cassio, che riteneva non possibile o non necessario ricondurre l'intero negozio a compravendita, e pertanto pensava a due distinti rapporti: locazione delle *operae* e compravendita della *materia.*

Tentiamo di esaminare analiticamente il pensiero di Cassio e il suo porsi rispetto alle altre due correnti.

Un primo problema concerne l'esatta portata della *emptio et venditio materiae*, particolarmente rispetto alla dottrina sabiniana che riconduce l'intero rapporto a compravendita.

Al riguardo, le interpretazioni degli studiosi sono essenzialmente due. Secondo la dottrina tradizionale, Cassio avrebbe pensato ad una vendita dell'*aurum* utilizzato per la lavorazione[78]. Secondo una recente proposta del Corbino, invece, per *emptio et venditio materiae* dovrebbe intendersi un negozio in cui il committente può scegliere tra due alternative: o accettare gli *anuli* prodotti dall'artefice; oppure rifiutarne la fattura e accettare una quantità di materia grezza pari a quella su cui ci si è accordati[79]. Il termine *mate-*

---

340 s.; ID., *Locatio conductio emptio venditio und specificatio*, cit., 110; METRO, *Locatio conductio irregularis*, cit., 200; CORBINO, *La commissione di anelli*, cit., 139 ss.

[77] Mi limito a citare SOLAZZI *Due note alle Istituzioni di Gaio*, cit., 472; MAYER-MALY, *Locatio conductio*, cit., 74 ss.; AMIRANTE, *Ricerche*, cit., 96; THOMAS, *Non solet locatio dominium mutare*, cit., 343 s.; ID., *Locatio conductio emptio venditio und specificatio*, cit., 114; SCHERMAIER, *Materia*, cit., 243; cfr. TALAMANCA, *Vendita*, cit., 315.

[78] Cfr. per tutti BRASIELLO, *L'unitarietà* (1927), cit., 574; AMIRANTE, *Ricerche*, cit., 94 ss.; MAYER-MALY, *Locatio conductio*, cit., 74 s.; THOMAS, *Non solet locatio dominium mutare*, cit., 341; ID., *Locatio conductio emptio venditio und specificatio*, cit., 111; TALAMANCA, *Vendita*, cit., 315; METRO, *Locatio conductio irregularis*, cit., 200 s.

[79] CORBINO, *La commissione di anelli*, cit., 153.

ria, infatti, avrebbe nel passo un duplice valore semantico, potendo indicare tanto l'*aurum* da lavorarsi, quanto gli *anuli* prodotti[80].

Personalmente riterrei ancora valida la lettura tradizionale per vari motivi. Innanzitutto, la proposta del Corbino costringe a raffigurare il rapporto come una obbligazione alternativa, senza che ciò risulti dal passo in alcun modo, eccezion fatta per la supposta ambivalenza di significato del termine *materia*: nel testo, infatti, né sono indicate le prestazioni alternative, né si fa alcun accenno — come invece è, in generale, necessario[81] — al fatto che la scelta tra le prestazioni spetta al creditore. In secondo luogo, l'interpretazione si fonda su un valore semantico che nel termine *materia* è assente. È vero che, nelle fonti giuridiche e letterarie, l'espressione ha talvolta un significato più ampio del semplice 'materiale grezzo'; ma quando il termine si riferisce ad un oggetto elaborato, esso indica sempre l'oggetto stesso visto nella sua materialità[82]. In particolare, gli usi del vocabolo da parte di Cassio appaiono sempre riconducibili all'uno o all'altro significato[83], e, nello stesso

---

[80] Una limitazione del significato dell'espressione al solo 'materiale grezzo' non sarebbe giustificabile — precisa lo studioso — almeno per due motivi. Da un lato, si dovrebbe ipotizzare che per Cassio l'*emptio venditio* avesse un effetto traslativo a favore del committente, realizzato attraverso un *constitutum possessorium*, con tutte le difficoltà legate all'ammissibilità, per l'epoca, di quest'ultimo. Dall'altro, si sarebbe costretti a concludere che Cassio, sostanzialmente, riconduceva la fattispecie alla figura della committenza di anelli su oro proprio (l'*aurum*, infatti, attraverso la compravendita e il *constitutum possessorium*, era divenuto del committente) — il che è impensabile, posto che Gaio distingue chiaramente tra la fattispecie discussa da Cassio (... *ut is ex auro suo* ...) e quest'ultima, che era pacifica (*atqui si meum aurum* ...) (CORBINO, *La commissione di anelli*, cit., 153 nt. 37).

[81] Cfr. per tutti GROSSO, *Obbligazioni*[3], cit., 168 ss.

[82] Il CORBINO, *La commissione di anelli*, cit., 153 nt. 37, afferma, al contrario, che l'espressione, nel linguaggio dei giuristi romani, «vale spesso ad indicare non solo la materia grezza ma anche il manufatto che ne può essere ricavato», e al riguardo rinvia all'edizione policopiata (Salzburg 1991, 17 ss.) della ricerca dello Schermaier. Non ho potuto consultare questa edizione, ma nella versione definitiva dell'opera (SCHERMAIER, *Materia*, cit., 15 ss.) non mi sembra che sia registrato un simile valore semantico. Anzi, lo stesso SCHERMAIER, *op. ult. cit.*, 28 s., si pronuncia ben diversamente sul significato assunto dal vocabolo in Gai. 3. 147 (cfr. *infra*, in testo e nt. 84).

[83] Cfr. Cass. fr. 27 LENEL = Paul. 12 *ad ed.* D. 6. 1. 23. 5: ... *Cassius de ferruminatione scribit: ... si statuae suae ferruminatione iunctum bracchium sit, unitate maioris partis consumi et quod semel alienum factum sit, etiamsi inde abruptum sit, redire ad priorem dominum non posse. non idem in eo quod adplumbatum sit, quia ferruminatio per eandem materiam facit confusionem, plumbatura non idem efficit* (su cui cfr. per tutti SCHERMAIER, *Materia*, cit., 24: 'roher, unbearbeiter Stoff'); fr. 30 LENEL = Ulp. 17 *ad Sab.* Vat. fr. 70. 2: *Ca<ssius> autem usum <fructum ... ligni tig>nari quoque usum fruc<tu>m ita <quidem habebit fructuarius ... ut eo utatur in aedificia, quae eius> tantum agri causa facta sun<t, sed neque alio modo ... ea adhibeat nec vendat. Sed tamen cum constet arbores> demortuas ad fruc<tuarium pertinere> ... ceteraeque materiae ... sequuntur, numquid ... <ad proprie>tarium spectet ut* ... (seguo l'edizione del testo contenuta in FIRA, II, 478 s.; sul valore di *materia* nel passo cfr. per tutti SCHERMAIER, *op. ult. cit.*, 18: 'Bauholz'); fr. 45 LENEL = Paul. 29 *ad ed.* D. 13. 7. 18. 3: *si quis caverit, ut silva sibi pignori esset, navem ex ea materia*

Gai. 3. 147, sembra preferibile pensare con lo Schermaier che *materia* indichi «den der Bearbeitung zugrundeliegenden Rohstoff»[84].

Io credo che, per comprendere pienamente la prospettiva cassiana, sia necessario aver sempre presente il concorso, all'interno del medesimo rapporto di committenza, di entrambi i negozi individuati dal giurista. Senza tener conto dell'uno non è possibile giustificare l'altro.

Partiamo da un dato terminologico. Cassio utilizza un'espressione (*materia*) che in altri frammenti sostituisce i sabiniani *corpus* e *substantia*[85]. Questa sostituzione — che di sicuro trascura molte sfumature e costituisce, per certi versi, una semplificazione concettuale — è abbastanza significativa.

Da un lato, essa è ancora una volta indice delle matrici culturali della scuola sabiniana[86]: una sinonimia tra *materia*, *corpus* e *substantia*, infatti, è concepibile solo all'interno di una adesione alle categorie dello stoicismo che, come si è detto[87], avvicina i concetti di οὐσία, ὕλη e ὑποκείμενον ben oltre le corrispondenze presenti in Aristotele.

---

factam non esse pignori Cassius ait, quia aliud sit materia, aliud navis: et ideo nominatim in dando pignore adiciendum esse ait: 'quaeque ex silva facta natave sint' (cfr. SCHERMAIER, *op. ult. cit.*, 17 e 224 ss. [cfr. anche 195 e nt. 20; 196 e nt. 23; 197 e nt. 34]: 'Bauholz'); Cass. fr. 106 LENEL = Gai. 2 *rer. cott.* D. 41. 1. 7. 7: *Sabinus et Cassius magis naturalem rationem efficere putant, ut qui materiae dominus fuerit, idem eius quoque, quod ex eadem materia factum sit, dominus esset, quia sine materia nulla species effici possit*; Gai. 2. 79: *quidam materiam et substantiam spectandam esse putant, id est ut cuius materia sit, illius et res, quae facta sit, videatur esse, idque maxime placuit Sabino et Cassio*, su cui cfr. *infra*, in testo.

[84] SCHERMAIER, *Materia*, cit., 28 s. (la citazione è a p. 29).

[85] Cfr. *supra*, § 2.2.

[86] Contrariamente a quanto sostenuto dallo SCHERMAIER, *Materia*, cit., 106 («die auffallende Gegenüberstellung von *materia* und *operae* in Gai. inst. 3, 147, die sich in I. 3, 24, 4, wiederholt, wird man kaum mit einer naturphilosophischen Lehre ... in Verbindung bringen können»), che mi sembra abbia sottovalutato il rapporto del testo qui discusso con D. 18. 1. 20 (rispetto al quale l'a. si limita ad un veloce rinvio: cfr. *ibid.*, 243 e ntt. 10 e 12). In generale, sui legami tra Cassio e stoicismo, cfr. per tutti F. D'IPPOLITO, *Ideologia e diritto in Gaio Cassio Longino*, Napoli 1969, 85 ss. (che pensa soprattutto all'influenza di Servio; ma non escluderei — posto quanto qui evidenziato — un insegnamento di Sabino).

[87] Cfr. *supra*, § 2.2. Cfr. anche BRETONE, *I fondamenti del diritto romano*, cit., 88 (cfr. anche *supra*, nt. 50). La sinonimia non è stata colta da C. FERRINI, *Appunti sulla dottrina della specificazione*, in «BIDR» 2 (1889) = *Opere*, IV, Milano 1930, 47, per il quale *substantia* e *materia* indicherebbero, nel passo gaiano, «la cosa originaria e il materiale ond'essa constava» (cfr. anche ID., *Materia e species*, in «RIL» s. II, 24 [1891] = *Opere*, cit., IV, 105); ma cfr., al riguardo, la critica di S. PEROZZI, *'Materia' e 'species'*, in «BIDR» 3 (1890) = *Scritti giuridici*, I, Milano 1948, 231.

Dall'altro, mostra che la contrapposizione tra Cassio e Sabino[88] è solo parziale. Cassio, infatti, pur non seguendo del tutto il maestro nella configurazione dogmatica della locazione di un *opus*, aderisce senz'altro alle dottrine della scuola rispetto al problema della titolarità dei materiali da cui trarre il manufatto. Come il *corpus* e la *substantia* per Sabino, allo stesso modo per Cassio la *materia* è probabilmente quell'elemento corporeo che permane nelle *res* nonostante le trasformazioni, e che pertanto è presente negli *anuli* nonostante la lavorazione dell'*aurum*.

Insomma: quando Cassio parla di *materia*, egli non pensa all'oro grezzo, ma agli *anuli* visti nelle loro materialità, nel loro essere composti di *aurum*. E, correlativamente, con l'espressione *emptio et venditio materiae* egli non intende affermare che il committente acquista l'oro grezzo dall'artefice: se così fosse, se cioè l'orefice elaborasse oro da lui venduto al committente, e dunque in proprietà di quest'ultimo, la soluzione cassiana sarebbe coincisa con la fattispecie posta alla fine del passo (*atqui — contrahi*)[89], e si sarebbe potuti giungere alla paradossale conclusione che l'artefice avrebbe adempiuto anche consegnando oro grezzo[90]. Parlando di *emptio et venditio materiae*, Cassio intende piuttosto riferirsi ad un acquisto e ad una vendita di *anuli* il cui *pretium* è calcolato esclusivamente sul valore dell'*aurum*, della *materia*. La differenza di valore tra l'oro grezzo e gli anelli — che consi-

---

[88] Che, secondo alcuni (cfr. SOLAZZI *Due note alle Istituzioni di Gaio*, cit., 472; THOMAS, *Non solet locato !lomnum mutare* , cit., 343 s.; ID., *Locato con!ducto empto ven!lto un!d specfcato* , cit., 114), Gaio avrebbe cercato di sfumare attraverso la citazione anonima dei *plerique*. Non sappiamo se il responso di Sabino costituisse una risposta all'opinione manifestata da Cassio (così MAYER-MALY, *Locatio conductio*, cit., 75; AMIRANTE, *Ricerche*, cit., 99; THOMAS, *Non solet locatio dominium mutare*, cit., 341; ID., *Locatio conductio emptio venditio und specificatio*, cit., 111; DAUBE, *'Etiam' in D. 18. 1. 20*, cit., 1313 s.), oppure se sia vero il contrario. Il problema non mi sembra risolvibile, né di reale importanza. La discussione può anche essersi sviluppata all'interno della scuola senza che sia rintracciabile una precisa cronologia; e, comunque, mi sembra abbia ragione C. LONGO, *Locatio conductio*, cit., 143, nel ritenere che Sabino, se anche intese rispondere implicitamente a Cassio, esplicitamente controbatteva ai sostenitori della teoria della sola locazione.

[89] Come rileva giustamente il CORBINO, *La commissione di anelli*, cit., 153 nt. 37 (cfr. *supra*, nt. 80).

[90] E, in effetti, a questa conclusione sono giunti quegli autori che hanno inteso l'*emptio venditio materiae* come compravendita di materiale grezzo, traendone oltretutto l'ulteriore deduzione che la costruzione di Cassio sia «unhaltbar» (così BESELER, *Romanistische Studien*, cit., in «ZSS» 50 [1930] 35) o addirittura, proprio perché «insostenibile», non genuina (così SOLAZZI *Due note alle Istituzioni di Gaio*, cit., 470 ss.; cfr. spec. nt. 25).

ste, essenzialmente, nell'attività dell'*aurifex* — deve infatti essere, per Cassio, corrisposta dal committente ad altro titolo.

E qui veniamo alla *locatio et conductio operarum*. Preliminarmente, occorre ricordare che la lezione '*operarum*' è propria delle *institutiones* gaiane, ma che in quelle giustinianee si parla invece di *locatio conductio operae*[91]. Parte della dottrina ha ritenuto preferibile questa seconda versione — nella quale il singolare *opera* andrebbe letto nel senso di *opus* — ritenendo che l'espressione del manoscritto veronese sia incompatibile con la natura di committenza (*locatio* cd. *operis*) cui evidentemente va riferito il rapporto[92]. Ma un simile intervento sul testo non appare necessario. Al contrario: il fatto che Gaio parli di *locatio operarum* in un rapporto di committenza — che dovrebbe piuttosto integrare una *locatio* cd. *operis* — è estremamente significativo per la comprensione della concezione romana della *locatio conductio*.

Abbiamo appurato che, già all'epoca dei formulari catoniani[93], i romani avevano ben chiara la distinzione tra l'assetto di interessi realizzato nella cd. *locatio operarum* e quello proprio della cd. *locatio operis*, distinzione che corrisponde *grosso modo* alla nostra dicotomia tra obbligazioni di mezzi e di risultato. Ma da queste stesse fonti, oltre che dalle testimonianze della giurisprudenza tardo-repubblicana e del principato, emerge in modo altrettanto evidente che l'elemento caratterizzante una cd. *locatio operis* è pur sempre l'*opera* del *conductor*[94]. Tanto la cd. *locatio operarum* quanto la cd. *locatio operis*, infatti, si imperniano sull'attività di una delle parti, cui corrisponde il pagamento dell'altro contraente. E anche nella cd. *locatio operis* — come mostra lo stesso Gai. 3. 147, in fine — la *merces* si dà *pro opera*.

In realtà, come dicevo, i due negozi individuati da Cassio devono essere tenuti presenti entrambi. Il giurista distingue la compravendita e la locazione su un piano formale, ma non dimentica l'unità economica del rapporto di committenza:

---

[91] Inst. 3. 24. 4.

[92] Cfr. in questo senso soprattutto SOLAZZI, *Due note alle istituzioni di Gaio*, cit., 471 ss.; ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*[2], cit., 125 nt. 1; THOMAS, *Non solet locatio dominium mutare*, cit., 343; ID., *Locatio conductio emptio venditio und specificatio*, cit., 113 s.

[93] Cfr. *supra*, cap. I § 2.2 e 2.3 *sub* C. *c-d*.

[94] Cfr. *supra*, cap. I § 2.2 e 2.3 *sub* C. *d* (Cat. *agr.* 21. 5; 144. 3 [7.]; 145. 2 [9.]); cap. I § 4.3 *sub b* (Pomp. in D. 34. 2. 34 pr.); cap. II § 4 (D. 19. 2. 30. 3), e soprattutto *infra*, cap. VI § 2.

a) l'*emptio et venditio materiae* è compravendita non di oro grezzo ma di *anuli* il cui *pretium* è stimato sul valore dell'*aurum*;

b) *locatio et conductio operarum* è non mera obbligazione di mezzi da parte dell'artefice[95], ma locazione di un'attività finalizzata allo scopo, per la quale è prevista una *merces* computata sulla quantità di lavoro posto in essere dall'*aurifex*. Il plurale '*operarum*', probabilmente, era determinato proprio dalla necessità di precisare che si trattava di una retribuzione calcolata sul tempo impiegato dall'artefice per realizzare il manufatto, ossia sulle *operae*. Ma, nonostante ciò, la logica generale della soluzione cassiana induce a ipotizzare che — anche se ciò non risulta esplicitamente dal passo — il giurista, pur parlando di *locatio operarum*, assoggettasse l'orefice a tutte le responsabilità derivanti da una cd. *locatio operis*[96].

Tutto questo perché Cassio intende coordinare fra loro le due vesti negoziali in cui scompone l'unitario rapporto economico — in ciò, peraltro, facilitato dalla *familiaritas* tra *pretium* e *merces*.

Interrogarsi sul perché della scarsa fortuna della prospettiva cassiana è impresa, allo stato delle fonti, impossibile[97]. Possiamo forse ipotizzare — ma è una congettura sfornita di qualsiasi base testuale —

---

[95] Come sembrano talora ritenere quanti mantengono la lezione del manoscritto veronese: cfr. DE ROBERTIS, *I rapporti di lavoro*, cit., 179 s.; MARTINI, *Mercennarius*, cit., 20 nt. 1; AMIRANTE, *Ricerche*, cit., 92; TALAMANCA, *Vendita*, cit., 315 nt. 113; SCHERMAIER, *Materia*, cit., 29; METRO, *Locatio conductio irregularis*, cit., 201 nt. 35; CORBINO, *La commissione di anelli*, cit., 153 e nt. 38.

[96] Pensa ad una *locatio operis* anche MAYER-MALY, *Locatio conductio*, cit., 77 ss. Il BEHRENDS, *Die Rechtsformen des römischen Handwerks*, cit., 198 nt. 286, ritiene che dal passo possa dedursi che per i Sabiniani era riconosciuto al committente un 'Weisungsrecht', mentre per i Proculeiani l'artefice avrebbe goduto di piena autonomia; non mi pare, però, che debba giungersi a tanto: vedremo più avanti (§ 9) che non vi è incompatibilità tra l'obbligazione di risultato assunta dal conduttore e un pagamento computato per giornate lavorative.

[97] Non mi sembrano convincenti le motivazioni congetturali proposte dal CORBINO, *La commissione di anelli*, cit., 154 ss., per il quale il limite del ragionamento di Cassio dovrebbe essere ravvisato innanzitutto nel fatto che in un simile assetto di interessi *pretium* e *merces* non sarebbero stati 'certi', in quanto parti indistinte di un pagamento globale. Se infatti è vero che nella prospettiva cassiana la *merces* doveva probabilmente essere *certa* come richiesto in Gai. 3. 142 (cfr. *infra*, § 7), va tuttavia rilevato che in nessun punto di Gai. 3. 147 si afferma mai che *pretium* e *merces* facessero parte di un pagamento giuridicamente indistinto; anzi, è estremamente probabile che nella pratica il pagamento (economicamente unitario) fosse distinto e quantificato sulla base delle singole 'voci'.

che essa risultasse troppo macchinosa, imponendo di esperire due azioni per tutelare un unico rapporto economico[98].

È però possibile ricostruire, con un certo grado di verisimiglianza, le ragioni che hanno spinto Cassio a distaccarsi — pur se, come si è detto, solo in parte — dalla dottrina del maestro.

Cassio, probabilmente, non è disposto a seguire Sabino nella sua svalutazione del requisito dell'*opera*. La logica della sua soluzione, infatti, sembra diretta ad affermare che l'attività dell'artefice non è al di fuori del contratto (come avviene in una compravendita), ma al suo interno[99].

Evidentemente, nella prospettiva di Cassio, la *locatio conductio* (cd. *operis*) ha due elementi caratterizzanti. Il primo, che opera in negativo, è il (non-)trasferimento del *dominium*: quando il negozio comporta un passaggio di proprietà, il rapporto assume le vesti della compravendita. Il secondo, che rileva in positivo, è l'*opera*, ossia l'attività realizzata dall'artefice, che è parte fondamentale del rapporto di committenza e non può essere annullata in una *emptio venditio*.

La soluzione cassiana, come si vede, si colloca a metà tra la prospettiva di Sabino e dei *plerique*, e quella dei loro contraddittori. I primi attribuiscono rilevo assorbente al criterio del non-trasferimento del *dominium* e, conseguentemente, riconducono l'intero rapporto a compravendita. I secondi — come vedremo più avanti — giudicano assorbente il criterio dell'*opera* qualificando il rapporto come locazione anche quando si verifichi un passaggio di proprietà. Cassio tiene conto di entrambi, ritenendo che nessuno dei due possa assorbire l'altro: il trasferimento del *dominium* indirizza verso una compravendita della *materia*, e l'*opera* viene ricondotta ad una autonoma *locatio conductio operarum*.

3.2. *La sorte della teoria sabiniana nella giurisprudenza posteriore.*

A giudicare dai frammenti che ci sono pervenuti, parrebbe confermata l'asserzione gaiana secondo la quale sarebbe stata vincente,

---

[98] Può ricordarsi che la teoria di Cassio è stata accolta — in prospettiva attualizzante — sia da H. GROTII *De iure belli ac pacis*, II. 12. 5, ed. Traiecti ad Rhenum 1773, I, 412, sia da alcuni giuristi moderni: cfr. per tutti U. GREGO, *Appendice del traduttore* a GLÜCK, *Pandette*, cit., XIX, 95 ss. (§ 1048).

[99] In senso non dissimile cfr. CERVENCA, *In tema di 'locatio-conductio'*, cit., 12.

almeno all'interno della scuola sabiniana, la soluzione di Sabino.

Abbiamo già discusso della posizione di Pomponio[100], il quale pare seguire la prospettiva dei *plerique*[101].

Lo stesso possiamo dire per Gaio, la cui adesione alla dottrina di Sabino risulta chiaramente da Gai. 3. 147. Non sappiamo invece se egli applicasse regole analoghe nella soluzione di altre ipotesi di definizione 'perimetrale' della locazione rispetto alla compravendita, perché i casi discussi in Gai. 3. 145-146 — relativo l'uno all'ipotesi della *res locata in perpetuum*[102], l'altro al noto problema della qualificazione di una locazione di *gladiatores* nella quale la *lex locationis* preveda una somma cinquanta volte maggiore nel caso in cui questi vengano *occisi aut debilitati*[103] — non forniscono chiari criteri di distinzione tra i due contratti.

---

[100] Cfr. *supra*, cap. II § 4.3.

[101] Con ciò non si vuole certo proporre una soluzione di qualche tipo al complesso problema dell'appartenenza di Pomponio all'una o all'altra *secta*; ma è certo che, in questo caso, il giurista è vicino ai Sabiniani. Sulla posizione di Pomponio rispetto alla contrapposizione fra scuole, cfr. A. M. HONORÉ, *Gaius*, Oxford 1962, 21 ss., 25 s., 57 s., 81 ss., che pensa ad una prima fase proculeiana e ad una seconda sabiniana; LIEBS, *Römisches Recht*, cit., 56, che propende per una appartenenza sabiniana; M. TALAMANCA, *Osservazioni sul concorso di affrancazioni testamentarie*, in «SDHI» 60 (1994) 109 nt. 103, il quale scrive che il giurista sarebbe «ritenuto in genere più vicino ai sabiniani che ai proculeiani». Pensano ad una estraneità rispetto alla contrapposizione H. FITTING, *Alter und Folger der Schriften römischer Juristen*², Halle 1908, 33 ss. e C. ARNÒ, *La mia congettura sulle due scuole dei giureconsulti romani in relazione a quella del Bluhme sull'ordine tenuto dai compilatori delle Pandette*, in «AG» 93 (1925) 214. Secondo il NÖRR, *Pomponius*, cit., 511 ss., non vi sarebbero elementi per sostenere l'una o l'altra ipotesi.

[102] In 3. 145, come forse già Labeone (D. 18. 1. 80. 3, su cui cfr. *supra*, cap. III § 4), Gaio si occupa della distinzione tra *locatio conductio* ed *emptio venditio* rispetto all'ipotesi della *res locata in perpetuum*. Il caso è quello dei fondi municipali: la *lex locationis* impedisce che il fondo sia sottratto al conduttore o ai suoi eredi finché sia pagato il *vectigal*, il che potrebbe far pensare ad una sorta di passaggio di proprietà. Gaio si limita ad informarci del fatto che soltanto dopo molte discussioni la fattispecie fu qualificata come *locatio conductio*. Sul rapporto tra la soluzione offerta da questo passo e i testi nei quali si prospetta la possibilità di un'*emptio venditio*, cfr. BIONDI, *La categoria romana delle 'servitutes'*, cit., 455 ss.; BOVE, *Ricerche sugli 'agri vectigales'*, cit., 73 ss., spec. 110 ss. (che considera la disputa richiamata da Gaio come un caso di «volgarismo»; ma cfr., *contra*, GALLO, *Locatio degli agri vectigales*, cit., 18 nt. 36, secondo il quale tuttavia la disputa sarebbe stata, ai tempi di Gaio, già superata: cfr. *ibid.*, 8 s.); F. PASTORI, *La superficie nel diritto romano*, Milano 1962, 43 ss., 48 ss.; J. M. RAINER, *Superficies und Stockwerkseigentum im klassischen römischen Recht*, in «ZSS» 106 (1989) 332 s.; TALAMANCA, *Vendita*, cit., 314 s.

[103] In 3. 146, Gaio ricorda il caso della locazione dei *gladiatores* la cui *lex locationis* prescriva che siano dati al locatore venti denari per quanti sopravvivano *integri* e mille per quanti siano stati *occisi aut debilitati*: il quesito se si tratti di *locatio* oppure di *emptio* viene risolto dai più — scrive il giurista — nel senso di una locazione dei gladiatori *integri* e di una compravendita di quelli *occisi aut debilitati*, applicandosi ad entrambe le ipotesi una

Assai più problematica è invece l'identificazione della posizione di Giavoleno, che deve desumersi da un passo alquanto complesso (Iav. 11 *epist.* D. 18. 1. 65). Nella *quaestio* ci si chiede se il rapporto in cui il committente paghi all'artefice un *certum pretium* per la realizzazione di un *certum numerum tegularum* sia compravendita o locazione. Giavoleno risponde che:

a) se ci si è accordati perché le tegole siano fatte dall'artefice con argilla tratta dal suo proprio fondo, il negozio deve essere qualificato come *emptio*, e non come *conductio*;

---

condizione. Il passo, in sé, è sicuramente interessante, sia perché costituisce l'unico caso in cui si distingue tra *locatio* ed *emptio* in una fattispecie di cd. *locatio operarum* — il che va naturalmente spiegato con la peculiare natura dei prestatori d'opera: schiavi o, come sostiene O. DILIBERTO, *Ricerche sull''auctoramentum' e sulla condizione degli 'auctorati'*, Milano 1981, 56 ss., *auctorati* (cfr. sul problema anche A. GUARINO, *Il «leasing» dei gladiatori*, in «Index» 13 [1985] 463 s. e TALAMANCA, *Vendita*, cit., 316 nt. 122) —, sia perché pone diversi problemi, soprattutto in ordine al valore da attribuire al richiamo del giurista alla condizione — che tuttavia, per ovvie ragioni, qui non possono essere affrontati (su di essi cfr., da ultimo, O. BEHRENDS, *Feste Regelungsstruktur oder auslegungsfähiges Pflichtenverhältnis*, in *Pacte, convention, contrat. Mélanges B. Schmidlin*, Bale - Francfort 1998, 37 ss.). È bene, però, chiarire i motivi per i quali ritengo che il passo non consenta di trarre, rispetto al nostro tema, dati significativi. Da un lato, vi sono elementi per ritenere che la fattispecie non costituisse una mera occasione di disputa accademica — come talora è stato affermato in dottrina: cfr. A. M. PRICHARD, *Sale and Hire*, in D. DAUBE (ed.), *Studies in the Roman Law of Sale (Studies F. de Zulueta)*, Oxford 1959, 1 ss. (parzialmente seguito dal DILIBERTO, *Auctoramentum*, cit., 62), secondo il quale simili fattispecie sarebbero state risolte nella pratica mediante lo strumento della *stipulatio* —, ma si sia posta ai giuristi nella sua concretezza: cfr. in questo senso J. A. C. THOMAS, *Gaius and the gladiators*, in *Estudios de derecho romano (Homenaje C. Sanchez del Río y Peguero)*, Zaragoza 1967, 152, nonché V. ARANGIO-RUIZ, in «Iura» 11 (1960) 308 s.; R. LAMBERTINI, *Gai. 3. 146: fra dogma della pendenza e condizione*, in *Studi T. Carnacini*, III, Milano 1984, 669 e nt. 9; TALAMANCA, *Vendita*, cit., 316 nt. 128. Al riguardo, basti ricordare che nel *Sc. de sumptibus ludorum gladiatorum minuendis* (a. 160-180), riprodotto in CIL, II, 6278 = FIRA, I, 294 ss. (su cui Th. MOMMSEN, *Observationes epigraphicae [XLI]*, in «Eph. epigr.» 7 [1890] = *Gesammelte Schriften*, VIII, Berlin 1913, 499 ss.) è testimoniata l'esistenza, all'epoca di Gaio, di negozi aventi ad oggetto gladiatori conclusi mediante compravendita. Dall'altro lato, e anche in considerazione di quanto appena detto, sembrerebbe preferibile non estendere la soluzione gaiana al di là del caso effettivamente discusso dal giurista. La dottrina, infatti, si è spesso preoccupata di qualificare giuridicamente il rapporto nella sua fase iniziale — prima, cioè, che il combattimento giungesse a termine —, ma al riguardo, mi sembra preferibile la prospettiva di quanti non escludono che l'alternativa tra locazione e compravendita sia nel passo limitata all'ipotesi in cui il rapporto giunga alle sue naturali conclusioni, e non debba essere estesa ad ogni evento ipotizzabile prima del termine del combattimento — *fuga servorum*, morte accidentale prima del *ludus*, inadempimento contrattuale da parte del *locator-venditor* —: quest'ultima eventualità poteva essere risolta dai giuristi romani in maniera del tutto diversa (cfr. in questo senso TALAMANCA, *Vendita*, cit., 317; e, ad es., le soluzioni di Mela [fr. 17 LENEL] e Ulpiano in Ulp. 32 *ad ed.* D. 19. 5. 20. 1).

b) infatti si ha *locatio conductio* ogni volta che la *materia* con cui deve essere realizzato il manufatto non viene né mutata né alienata; invece, quando ciò avvenga, bisogna piuttosto propendere per una *emptio venditio*[104].

Il frammento — che è stato accostato ai passi di Sabino e Cassio sin dal commento degli *antecessores* bizantini[105] — è molto interessante per la terminologia usata, che riecheggia in tutta evidenza il vocabolario dei primi giuristi sabiniani (si parla di *mutatio materiae*), ma è con ogni probabilità corrotto. Al di là degli indizi formali[106], ne è pro-

---

[104] Iav. 11 *epist.* D. 18. 1. 65: *convenit mihi tecum, ut certum numerum tegularum mihi dares certo pretio quod ut faceres: utrum emptio sit an locatio? respondit, si ex meo fundo tegulas tibi factas ut darem convenit, emptionem puto esse, non conductionem: totiens enim conductio alicuius rei est, quotiens materia, in qua aliquid praestatur, in eodem statu eiusdem manet: quotiens vero et immutatur et alienatur, emptio magis quam locatio intellegi debet.* Per il mantenimento di *quod ut* di fronte alla proposta di emendazione in *quas tu* — già in GOTHOFREDI *Corpus iuris civilis*, ad D. 18. 1. 65, ed. cit., 266 (cfr. anche POTHIER, *Pandectae Iustinianeae*, ad 19. 2, n. 9, ed. cit., I, 534 nt. *a*, che seguiva Cujas nel leggere *quod* come *id est*) — cfr. CORBINO, *La commissione di anelli*, cit., 148 nt. 19. Il testo ha subito evidentemente degli accorciamenti, come risulta dal mutamento dei soggetti tra la prima e la seconda parte del passo (al riguardo, mi sembra difficile pensare ad un errore del copista, come parrebbe ritenere J. A. C. THOMAS, *The Theftuous Pledger and the Lex Atinia*, in *Studi G. Scherillo*, I, Milano 1972, 402 nt. 43, perché l'errore coinvolgerebbe un intero periodo). E, pertanto, si potrebbe pensare che con il *respondit* si alluda all'opinione di un giurista diverso da Giavoleno: ad es., il CORBINO, *La commissione di anelli*, cit., 150 nt. 25, non esclude — avvalendosi di una supposizione del REINOSO BARBERO, *Definitio periculosa*, cit., 322 ss., secondo cui il *respondit* è indizio del fatto che quando Giavoleno riferisce opinioni altrui — che Giavoleno stia qui riportando un responso di Cassio; il che imporrebbe (posto che è impensabile che quest'ultimo proponesse, per il medesimo caso, due soluzioni distinte) di distinguere l'ipotesi di D. 18. 1. 65 da quella contenuta in Gai. 3. 147. Mi sembra però più probabile che, come ritiene lo SCHERMAIER, *Materia*, cit., 242, il responso sia interamente di Giavoleno e che l'incongruenza sia da imputare a un intervento posteriore.

[105] Cfr. sch. [ψιλῇ] (1) ad Bas. 20. 1. 1 (SCHELTEMA, B. III, 1170); gl. *debet* ad D. 18. 1. 65; FABRI *Rationalia*, ad D. 18. 1. 20, ed. cit., V, 248 s.; PACIONI *De locatione et conductione*, II. 2. 39, ed. cit., 37 ss.; GLÜCK, *Pandecten*, cit., XVII, 319 s. = *Pandette*, cit., XIX, 92 s. (§ 1048); ROSSI, *Locatio-conductio operis 'irregularis'*, cit., 190 ss.; C. LONGO, *Locatio-conductio*, cit., 143 ss.; BRASIELLO, *L'unitarietà* (1927), cit., 566 ss.; BONIFACIO, *Ricerche sul deposito irregolare*, cit., 99 ss.; MAYER-MALY, *Locatio conductio*, cit., 74 ss.; THOMAS, *Non solet locatio dominium mutare*, cit., 340 s., 344; ID., *Locatio conductio emptio venditio und specificatio*, cit., 110, 115; TALAMANCA, *Vendita*, cit., 315 ntt. 111, 118; SCHERMAIER, *Materia*, cit., 241 ss.; METRO, *Locatio conductio irregularis*, cit., 200 s. e ntt. 34 e 38; CORBINO, *La commissione di anelli*, cit., 148 ss.

[106] Su cui cfr. *supra*, nt. 104.

va il fatto che tra la prima parte e la seconda è ravvisabile una evidente contraddizione logica[107].

Inizialmente (*sub a*), il giurista sembra seguire una soluzione (di impostazione sabiniana) secondo la quale, se l'argilla è tratta dal fondo dell'artefice, il negozio è compravendita, se da quello del committente, è locazione. Poi invece (*sub b*) formula un principio logicamente opposto (che, in considerazione delle diverse posizioni in tema di *specificatio*, parrebbe di ispirazione proculeiana): si ha compravendita ogni volta che vi è una *mutatio materiae*[108] — principio che, se accolto, rende del tutto irrilevante il profilo *sub a*) della provenienza dell'argilla da questo o da quel fondo[109].

Naturalmente potrebbe ritenersi che l'incongruenza sia stata dettata da un accorciamento, e che il passo sia interamente di Giavoleno. Ma è anche possibile immaginare che l'ultima parte del testo sia un'interpolazione o un glossema[110]. E al riguardo, posto che i giustinianei, rispetto alla distinzione tra compravendita e locazione, acco-

---

[107] Che una buona parte degli esegeti ha per lo più sottovalutato. Alcuni non hanno trattato affatto dell'elemento della *mutatio materiae*: così i commentatori bizantini (Bas. 19. 1. 65 [SCHELTEMA, A. III, 922]) e i medievali (cfr. il *casus* di VIVIANUS *ad loc.*), nonché la dottrina umanistica e dell'*usus modernus* (cfr. per tutti FABRI *Rationalia*, ad D. 18. 1 65, ed. cit., V, 301; GLÜCK, *Pandecten*, cit., XVII, 271 = *Pandette*, cit., XIX, 42 [§ 1044]; ma cfr. anche *infra*), e alcuni studiosi contemporanei (cfr. C. LONGO, *La locatio-conductio*, cit., 141 s.; BETTI, *Istituzioni*, II. 1, cit., 181 s. nt. 23). Altri hanno menzionato la *mutatio materiae*, ma eliminandone sostanzialmente ogni incidenza nella logica del responso: cfr. ad es. VAN BYNKERSHOEK, *Observationes iuris Romani*, VIII. 4, in *Opera*, cit., I, 254, seguito dal GLÜCK, *Pandecten*, cit., XVII, 320 nt. 56 = *Pandette*, XIX, 93 s. nt. 56 [§ 1048]), il quale legge *materia ... in eodem statu* nel senso di *materia* «non alienata» (e dunque, implicitamente, *immutare* nel senso di *alienare*), non avvedendosi della inutilità di una simile ripetizione; WESTPHAL, *Kauf, Pacht, Mieth- und Erzinskontract*, cit., 12 (seguito dal DANKWART, *Locatio conductio operis*, cit., 345 nt. 1, con critica al Glück), che ha addirittura escluso la rilevanza del secondo principio, considerando la regola «sehr unsicher und undeutlich», alquanto scarsa nella applicazione e, pertanto, di nessun valore.

[108] Lo SCHERMAIER, *Materia*, cit., 262 s., pone l'accento sulla distinzione tra *mutatio materiae* e *mutatio status materiae*; ma ammesso che teoreticamente una simile differenziazione abbia rilievo, va notato che nel passo il soggetto del *manere* e dell'*immutare* è sempre la *materia*, il che fa dubitare della validità esegetica della distinzione.

[109] Nel senso che il principio *sub b*) implica che ogni volta che la *materia* viene trasformata, essa diviene di proprietà dell'artefice, il quale poi la vende al committente. Naturalmente, occorre tener presente il fatto che Giavoleno non analizza l'ipotesi della *mutatio materiae* che non si accompagni ad una *alienatio*; ma se ritenessimo che solo in questa ipotesi egli ravvisasse una locazione, perderebbe ogni valore l'elemento della trasformazione della *materia*.

[110] Cfr. in questo senso BESELER, *Romanistische Studien*, cit., in «ZSS» 50 (1930) 39; BONIFACIO, *Ricerche sul deposito irregolare*, 99 ss.; MAYER-MALY, *Locatio conductio*, cit., 76; SCHERMAIER, *Materia*, cit., 245, 262 s.

glieranno la prospettiva sabiniana[111], sarebbe forse preferibile pensare ad un intervento postclassico[112]. Ma in ogni caso non è possibile raggiungere, in merito, alcuna certezza. Possiamo solo congetturare, anche in considerazione dell'appartenenza di scuola del giurista, che la prima parte del frammento sia la più vicina al suo pensiero, e che pertanto Giavoleno, come Sabino, escludesse il ricorrere di una locazione laddove si fosse verificato un trasferimento di *dominium*.

Va rilevato, peraltro, che un altro passo delle *epistulae* di Giavoleno sembrerebbe porsi in contrasto insanabile con il dettato di D. 18. 1. 65[113]. Alludo a Iav. 12 *epist.* D. 44. 7. 55, nel quale — traducendo in maniera pressoché letterale — si afferma che in tutti i negozi nei quali ci si accorda per il trasferimento di *dominium* è necessario che vi sia l'accordo di entrambi i contraenti: infatti sia nella compravendita, sia nella donazione, sia nella conduzione sia in qualsiasi altra *causa contrahendi*, non è possibile portare ad effetto ciò che è stato iniziato, senza che vi sia il consenso delle parti[114].

Mi sembra, però, che il contrasto sia solo apparente[115]. Non è necessario pensare che nel passo si dica che la locazione è fra i negozi che trasferi-

[111] Cfr. *infra*, cap. V § 5.

[112] Così MAYER-MALY, *Locatio conductio*, cit., 76; SCHERMAIER, *Materia*, cit., 245, 262 s. Il 'Javolen-Bearbeiter' avrebbe insomma aggiunto le espressioni *in eodem statu* ed *et immutatur et*, forse per avvicinare la soluzione del caso alle proposizioni proculeiane in materia di *specificatio*.

[113] Per quanto mi è dato vedere, l'unico autore che sembra non dare importanza ad un simile contrasto fra i passi è il CLERICI, *La formazione delle locazioni irregolari in diritto romano*, cit., 292.

[114] Iav. 12 *epist.* D. 44. 7. 55: *in omnibus rebus, quae dominium transferunt, concurrat oportet affectus ex utraque parte contrahentium: nam sive ea venditio sive donatio sive conductio sive quaelibet alia causa contrahendi fuit, nisi animus utriusque consentit, perduci ad effectum id quod inchoatur non potest.* Il passo, generalmente evitato dalle moderne trattazioni sulla locazione, è stato alla base della costruzione della *traditio* come contratto nella dottrina intermedia e nella pandettistica: cfr. sul punto le critiche di S. PEROZZI, *Della tradizione. Suo concetto e sua natura giuridica*, Città di Castello 1886 = *Scritti giuridici*, I, Milano 1948, 26 ss.

[115] Naturalmente, se si considera 'irregolare' la *locatio conductio* di D. 34. 2. 34 pr. e di D. 19. 2. 31, anche il passo in discorso può essere spiegato come un riferimento a questa forma peculiare di locazione (cfr. in tal senso, ad esempio, VAN BYNKERSHOEK, *Observationes iuris Romani*, VIII. 4, in *Opera*, cit., I, 254), ma prescindendo dalla dubbia configurabilità, in diritto romano, di una categoria di contratti 'irregolari', ciò costringerebbe a pensare che Giavoleno si scontrasse con le posizioni di Sabino e Cassio e contraddicesse quanto affermato in D. 18. 1. 65. La maggioranza della dottrina, però, ha pensato ad un intervento successivo sul testo: cfr. GOTHOFREDI *Corpus juris civilis*, ad D. 44. 7. 5, ed. cit., 658, nonché la lunga lista in E. LEVY - E. RABEL (cur.), *Index interpolationum*, III, Weimar 1935, 349 s., cui *adde* SELL, *Locatio irregularis*, cit., 333; F. WIEACKER, *Societas. Hausgemeinschaft und Erwerbsgesellschaft*, I, Weimar 1936, 97 e 285 nt. 3; ID., *Irrtum, Dissens oder gegenstandlose Leistungbestimmung?*, in *Mélanges Ph. Meylan*, I, Lausanne

scono il *dominium*[116]. Anzi, questa lettura è senz'altro improbabile: sia perché — parlandosi di *quaelibet alia causa contrahendi* — accettandola si finirebbe per far dire a Giavoleno che ogni contratto è finalizzato ad un trasferimento di proprietà; sia perché la lettera del frammento consente anche altre soluzioni[117]. A mio avviso[118] il discorso di Giavoleno si divideva in due parti: nella prima, egli affermava che in tutti i negozi in cui si trasferisce il *dominium* è necessario che sul punto vi sia la volontà (*affectus*) di entrambi i contraenti; nella seconda, sottolineava l'importanza della presenza di un accordo delle parti sulle finalità del negozio in ogni contratto — vendita, donazione, locazione, o qualunque altra *causa contrahendi* —, che altrimenti non raggiunge il suo scopo. La locazione, insomma, potrebbe non essere stata citata come esempio di contratto che trasferisce il *dominium*, ma come esempio di contratto in cui è necessario che le parti si accordino sulle finalità del negozio.

4. (Segue:) c) TRACCE DELLA PROSPETTIVA PROCULEIANA IN PAOLO (D. 19. 2. 22. 2)?

Un testo di Paolo sembra conservare una soluzione completamente opposta a quella sabiniana:

> Paul. 34 *ad ed.* D. 19. 2. 22. 2: cum insulam aedificandam loco, ut sua impensa conductor omnia faciat, proprietatem quidem eorum ad me transfert et tamen locatio est: locat enim artifex operam suam, id est faciendi necessitatem.

Quando si dà in locazione un'*insula aedificanda*, scrive Paolo, con la clausola che il conduttore compia l'opera a sue spese, la pro-

---

1963, 403 s.; P. VOCI, *Modi di acquisto della proprietà (Corso di diritto romano)*, Milano 1952, 56 e 92 (pur parzialmente «da riabilitare», secondo ID., *Diligentia, custodia, culpa*, cit., 140 nt. 6); M. KASER, *Das römische Privatrecht*, II[2], München 1975, 283 nt. 71 e 363 nt. 11; B. ECKARDT, *Iavoleni epistulae*, Berlin 1978, 223 s. (su cui K. MISERA, in «ZSS» 98 [1981] 461 e 467). Va sottolineato, tuttavia, che, posta la già ricordata adesione dei compilatori alla teoria sabiniana in materia di trasferimento della proprietà nella locazione (cfr. anche *infra*, cap. V § 5), l'intervento potrebbe essere solo postclassico, e non giustinianeo.

[116] O, per dirla più esattamente con il ROSSI, *Locatio-conductio operis 'irregularis'*, cit., 196 s., fra i negozi cui può seguire una *traditio*.

[117] Che oltretutto giustificherebbero meglio l'inserimento nel *Corpus iuris* di un frammento tanto incoerente con le prospettive giustinianee: cfr. *infra*.

[118] Ma cfr., per una prospettiva di lettura vicina a quella proposta in testo, già PEROZZI, *Della tradizione*, cit., 26 ss., spec. 31, il quale fra l'altro notava che, accogliendo la lettura usuale, il passo «consterebbe di due parti, di cui ciascuna direbbe lo stesso» (*ibid.*, 30).

prietà dei materiali[119] passa al committente, e tuttavia è locazione; l'*artifex*, infatti, loca la sua *opera*, *id est faciendi necessitatem*[120].

Per ovviare al contrasto tra questa soluzione e quelle sin qui esaminate, si è comunemente ritenuto, dai Basilici alla Pandettistica, che nel ragionamento di Paolo fosse sottintesa la fattispecie esplicitata da Sabino in D. 18. 1. 20, e cioè la proprietà del fondo da parte del locatore[121]; e questa lettura è stata tramandata anche alla maggioranza degli studiosi contemporanei[122]. Ma l'inserimento, nel passo, di un dato ad esso completamente estraneo, costituisce un'operazione ermeneutica alquanto discutibile, che non può essere senz'altro accolta. Occorre piuttosto verificare tutte le possibilità di interpretazione del testo così come ci è stato trasmesso. A questo scopo, mi sembra utile reinserire l'affermazione di Paolo nel contesto originario del libro 34 *ad edictum*.

Paolo sta analizzando alcune fattispecie in cui appare problematico il rapporto tra compravendita e locazione. Il suo discorso può essere distinto in due parti.

Nella prima (fr. 518 LENEL = D. 19. 2. 20 pr. e 2; 22 pr.)[123], egli afferma che tanto la compravendita quanto la locazione possono esse-

---

[119] Sul valore ampio del termine *impensa* e vocaboli collegati, cfr. J. RESZCZYŃSKI, *'Impendere', 'impensa', 'impendium' (Sulla terminologia delle spese in diritto romano)*, in «SDHI» 55 (1989) 191 ss. (su D. 19. 2. 22. 2, *ibid.*, 221 nt. 143).

[120] Il § 3 del frammento non è per noi rilevante.

[121] Mi limito a richiamare Bas. 20. 1. 22. 2 (SCHELTEMA, A. III, 988); cfr. sch. ἐάν (1) ad loc. (SCHELTEMA, B. III, 1187) e Κυρίλλου. ὁ διδοὺς (2) ad loc. (SCHELTEMA, B. III, 1187); ACCURSIUS, gl. *loco* ad D. 19. 2. 22. 2 («in solo meo conducendo a te operas tuas»); FABRI *Rationalia*, ad D. 19. 2. 22. 2, ed. cit., V, 573; VAN BYNKERSHOEK, *Observationes iuris Romani*, VIII. 4, in *Opera*, cit., I, 253; WESTPHAL, *Kauf, Pacht, Mieth- und Erzinskontract*, cit., 11; GLÜCK, *Pandecten*, cit., XVII, 322 e nt. 58 = *Pandette*, cit., XIX, 94 e nt. 58 (§ 1048); SELL, *Locatio irregularis*, cit., 330; DANKWART, *Locatio conductio operis*, cit., 345 nt.1 (ma cfr. 346 nt. 1); MOLITOR, *Les obligations en droit romain*, cit., II, 247 e nt. 1 (§ 614); WINDSCHEID, *Pandectenrecht*, cit., II[8], 706 nt. 13 = *Pandette*, cit., II, 555 nt. 13 (§ 401).

[122] Cfr. ROSSI, *Locatio-conductio operis 'irregularis'*, cit., 192; CLERICI, *La formazione delle locazioni irregolari in diritto romano*, cit., 292; C. LONGO, *La locatio-conductio*, cit., 147 s.; DE ROBERTIS, *I rapporti di lavoro*, cit., 181 nt. 3; MAYER-MALY, *Locatio conductio*, cit., 75; THOMAS, *Reflections on Building Contracts*, cit., 676; MARTIN, *The Roman Jurists and the Organization of Private Building*, cit., 36. P. DE FRANCISCI, *Il trasferimento della proprietà. Storia e critica di una dottrina*, Padova 1924, 182 s., dà per scontato il sottinteso e non ne discute nemmeno.

[123] Paul. 34 *ad ed.* D. 19. 2. 20: *sicut emptio ita et locatio sub condicione fieri potest* (...) 2. *Interdum locator non obligatur, conductor obligatur, veluti cum emptor fundum conducit, donec pretium ei solvat* (per il § 1, cfr. *infra*, cap. V § 4); D. 19. 2. 22 pr.: *item si pretio non soluto inempta res facta sit, tunc ex locato erit actio.* Tra i due frammenti, i compila-

re sottoposte a condizione. A dimostrazione di ciò, fa l'esempio della compravendita di un fondo, sottoposta a *lex commissoria*[124] ma nella quale il terreno è trasmesso immediatamente: finché il prezzo non sia pagato, il rapporto è ricondotto alla locazione. Soltanto che, spiega Paolo, mentre il conduttore è tenuto *ex locato*, il locatore non è tenuto *ex conducto*, bensì solo *ex empto*[125]. Quando poi il prezzo non venga pagato e la *res* non sia pertanto acquistata, il rapporto sarà senz'altro di locazione. In questa sua soluzione, come anche altrove[126], Paolo mostra dunque di seguire la prospettiva sabiniana secondo la quale, nel caso in cui sia conclusa una compravendita di metà fondo con l'accordo che l'altra metà venga locata all'acquirente, tutto il rapporto deve essere tutelato dalle azioni *empti* e *venditi*[127].

Nella seconda parte (fr. 519 LENEL = D. 19. 2. 22. 1-2), Paolo affronta una diversa fattispecie, e rispetto ad essa si allontana dalla posizione sabiniana — che predilige ancora una volta la riconduzione del negozio all'*emptio venditio*. Al contrario (*autem*), scrive il giurista, tutte le volte che si dà incarico di realizzare un alcunché, si ha locazione: *quotiens autem faciendum aliquid datur, locatio est* (§ 1)[128]. E, di seguito, formula l'esempio contenuto in D. 19. 2. 22. 2.

---

tori hanno inserito un brano di Giavoleno (Iav. 11 *epist.* D. 19. 2. 21), in cui si fa il medesimo esempio del fondo venduto sotto condizione del pagamento dell'intero prezzo, che nel frattempo viene trasmesso al futuro acquirente in virtù di un rapporto di locazione; sul testo, cfr., per tutti D. DAUBE, *Tenancy of Purchaser (D. 19. 2. 21)*, in «Cambridge Law Journal» 10 (1948) = *Collected Studies in Roman Law*, I, Frankfurt am Main 1991, 271 ss., ripensato in ID., *Si ... tunc in D. 19. 2. 22 pr. Tenancy of Purchaser and lex commissoria*, in «RIDA» s. III, 5 (1958) = *Collected Studies in Roman Law*, II, Frankfurt am Main 1991, 726 ss.; ECKARDT, *Iavoleni epistulae*, cit., 46 ss.; TALAMANCA, *Vendita*, cit., 318.

[124] La clausola è così generalmente interpretata: cfr. per tutti DAUBE, *Si ... tunc in D. 19. 2. 22 pr.*, cit., 723 ss.; F. PETERS, *Die Rücktrittsvorbehalte des römischen Kaufrechts*, Köln - Wien 1973, 272; TALAMANCA, *Vendita*, cit., 318.

[125] Questa, almeno, è l'interpretazione della dottrina: cfr. DAUBE, *Si ... tunc in D. 19. 2. 22 pr.*, cit., 724 ss.; TALAMANCA, *Vendita*, 318 e nt. 143.

[126] Paul. 33 *ad ed.* D. 19. 1. 21. 4.

[127] Cfr. Iav. 5 *post. Lab.* D. 18. 1. 79, con le opposte opinioni di Labeone e Trebazio; cfr. anche Herm. 2 *iur. epit.* D. 18. 1. 75. Su questi passi cfr. per tutti DAUBE, *Si ... tunc in D. 19. 2. 22 pr.*, cit., 725.

[128] La frase è stata criticata, perché è chiaro che non ogni volta che si dà *aliquid faciendum* vi è locazione, ma solo quando vi sia una *merces* e quando l'attività prestata sia un *factum quod locari solet*. Si è perciò parlato di interpolazione: cfr. per tutti MAYER-MALY, *Locatio conductio*, cit., 75. Ma la frase deve essere rettamente intesa nel suo contesto: che per aversi locazione siano necessari questi requisiti, Paolo lo sapeva bene (cfr. Paul. 32 *ad ed.* D. 17. 1. 1. 4 e Paul. 5 *quaest.* D. 19. 5. 5. 2), ma qui egli si sta preoccupando di distinguere tra *emptio* e *locatio*, non di formulare regole assolute.

L'*autem* di D. 19. 2. 22. 1, insomma, distingue le due ipotesi fra di loro e, soprattutto, l'atteggiamento di Paolo di fronte alle dottrine precedenti. Rispetto alla prima ipotesi (fr. 518 LENEL), egli segue senz'altro le posizioni dei Sabiniani. Rispetto alla seconda (fr. 519 LENEL), se ne discosta consapevolmente.

Il dissenso, al riguardo è radicale: per immaginare, con il Solazzi e il Brasiello[129], che Paolo intenda recuperare la *media sententia* di Cassio (*emptio materiae* e *locatio operarum*), dovremmo andare ben oltre la lettera del testo, nel quale si parla solo ed esclusivamente di *locatio*. In realtà Paolo, a differenza di Cassio, riconduce all'interno della locazione anche la clausola secondo la quale l'*artifex* dovrà fornire i materiali, allo stesso modo in cui, nella prima ipotesi, la *lex commissoria* era interna alla *emptio venditio*.

Piuttosto, occorre chiedersi se quello di Paolo sia o meno un atteggiamento personale — come, ad esempio, ha ipotizzato l'Amirante[130]. A me sembra abbastanza evidente che la soluzione del giurista severiano si ricollega a quella di Q. Mucio (e, verisimilmente, di Servio-Alfeno[131]): come questi, Paolo afferma che un rapporto di committenza può essere ricondotto alla *locatio conductio* anche qualora si verifichi il passaggio di proprietà dei materiali. Ma il legame con le prospettive tardo-repubblicane potrebbe non essere diretto. Il *quaeritur* gaiano — come avevamo rilevato[132] — lascia intuire l'esistenza di tre contraddittori: i *plerique*, sostenitori di Sabino, che riconducevano il negozio all'*emptio venditio*; Cassio, che pensava a due distinti rapporti; e, infine, gli anonimi sostenitori della dottrina tradizionale repubblicana. Ancora nel principato, insomma, vi erano giuristi che riconducevano alla *locatio conductio* anche il negozio in cui i materiali fossero stati forniti dallo stesso artefice: con ogni probabilità, è a questi che Paolo si ricollega direttamente.

Ma chi sono i rappresentanti della terza corrente? Con il Bonfante, il Longo, il Chiazzese e (pur se dubitativamente) il Kaser, riterrei non impossibile che si trattasse dei Proculeiani[133]. Mi sembra infatti

---

[129] SOLAZZI *Due note alle Istituzioni di Gaio*, cit., 472 e il BRASIELLO, *L'unitarietà* (1927), cit., 573 ss.

[130] AMIRANTE, *Ricerche*, cit., 98 nt. 68.

[131] Il rapporto tra D. 19. 2. 22. 2 e D. 19. 2. 31 era còlto da parte della dottrina intermedia: cfr. per tutti POTHIER, *Pandectae Iustinianeae*, ad D. 19. 2, n. 10, ed. cit., I, 534.

[132] *Supra*, § 3.1.

[133] Cfr. P. BONFANTE, *Natura del contratto di somministrazione d'energia elettrica (I nota)*, in «Foro it.» (1901) I = *Scritti giuridici varii*, III, Torino 1921, 286 ss., 299; ID., *Na-*

abbastanza verisimile che, su un problema tanto vicino al tema della *specificatio*[134], vi sia stato uno scontro tra le due scuole[135]. Senonché, come mostra il testo di Paolo, il dissenso deve essersi perpetuato in età tardo-classica, e ancora in quest'epoca le posizioni dei contraddittori — pur se ovviamente slegate da ogni contrapposizione di scuola[136] — non devono essere mutate di molto rispetto al primo principa-

---

tura del contratto di somministrazione d'energia elettrica (II nota) in «Riv. Dir. Comm.» (1904) II = *Scritti*, cit., III, 300 ss., spec. 304 e 308; C. LONGO, *La locatio-conductio*, cit., 145 s.; L. CHIAZZESE, *Confronti testuali. Contributo alla dottrina delle interpolazioni giustinianee*, in «AUPA» 16 (1931) 436; KASER, *Das römische Privatrecht*, cit., I², 548 nt. 33. Cfr. anche, pur se assai velocemente, M. TALAMANCA, in «BIDR» 94-95 (1991-1992) 631: «il contratto di fornitura di oggetti fabbricati con materiale dell'artigiano era configurato, in epoca repubblicana ed ancora in epoca classica dai proculeiani, come *locatio conductio*».

[134] Peraltro, la stessa contrapposizione è stata ipotizzata rispetto alla famosa questione della *tabula picta* (cfr., anche in ordine alla dottrina precedente, F. LUCREZI, *La 'tabula picta' tra creatore e fruitore*, Napoli 1984, 34 ss.); e, a tal proposito, non sarà inutile ricordare che il *tabulam pingere* è un'attività presentata come possibile oggetto di *locatio conductio* (cfr. Paul. 5 *quaest.* D. 19. 5. 5. 2, nonché, fra gli ultimi, LUCREZI, *La 'tabula picta'*, cit., 22 ss.; G. COPPOLA, *Cultura e potere. Il lavoro intellettuale nel mondo romano*, Milano 1994, 112 ss.; 129 ss.).

[135] Naturalmente, nel parallelismo sopra istituito tra teoria della specificazione e dottrina della locazione, ci si potrebbe stupire di trovare in Paolo la prospettiva proculeiana, posto che il giurista severiano è dai più ritenuto seguire, sul punto, le posizioni sabiniane, quando non essere un propugnatore o addirittura il fondatore o almeno il precursore della *media sententia* (nel primo senso [seguace delle dottrine sabiniane], cfr. M. KASER, *Die natürlichen Eigentumserwerbsarten im altrömischen Recht*, in «ZSS» 65 [1947] 245 ss.; F. DE MARTINO, *Appunti in tema di specificatio*, in *Scritti Centenario Jovene*, Napoli 1954, 305; A. MOZZILLO, *Note in tema di specificazione*, *ibid.*, 732 nt. 30; nel secondo [propugnatore o fondatore della *media sententia*]: FERRINI, *Appunti sulla dottrina della specificazione*, cit., 89 ss.; SOKOLOWSKI, *Die Philosophie im Privatrecht*, cit., I, 108; PEROZZI, *Istituzioni*, cit., I², 688; cfr. sul tema anche ID., *'Materia' e 'species'*, cit., 225 ss.; ID., *Se la relazione sulle opinioni dei Sabiniani e dei Proculiani in D. 41 l. 7 § 7 sia di Gaio*, in «RIL» s. II, 23 [1890] = *Scritti giuridici*, I, Milano 1948, 253 ss.; WIEACKER, *Spezifikation*, cit., 278; MAYER-MALY, *Spezifikation*, cit., 150; cfr. anche THIELMANN, *Verarbeitung*, cit., 21 ss., con molta attenzione alla letteratura precedente; nel terzo senso [precursore della *media sententia*], cfr. SCHERMAIER, *D. 41, 1, 24 und 26 pr.*, cit., 436 ss.; ID., *Materia*, cit., 1992, 206 ss.). Ma la posizione del giurista non è chiara: ai nostri fini basti rilevare che egli sicuramente non segue in tutto i Sabiniani, e addirittura, in alcuni passi, sembra più vicino a posizioni proculeiane (cfr. testi e discussione in A. CALONGE, *Breve exegesis en materia de especificación*, in *Studi G. Grosso*, II, Torino 1968, 206 ss., il quale ritiene che Paolo abbia senz'altro adottato la prospettiva proculeiana).

[136] Mi sembra poco attinente al nostro problema — anche se considerato dalla tradizione romanistica, fino al secolo scorso, fra i casi di locazione 'irregolare': cfr. per tutti SELL, *Locatio irregularis*, cit., 305 ss.; ROSSI, *Locatio-conductio operis 'irregularis'*, cit., 202 ss. — Proc. fr. 99 LENEL = Pomp. 9 *ad Sab.* D. 19. 2. 3 (*cum fundus locetur, et aestimatum instrumentum colonus accipiat, Proculus ait id agi, ut instrumentum emptum habeat colonus, sicuti fieret, cum quid aestimatum in dotem daretur*), in cui il trasferimento di proprietà deriva evidentemente dall'*aestimatio*.

to. Certo è che, nonostante le affermazioni di Gaio, la linea sabiniana sembrerebbe essere risultata vincente solo grazie alle scelte dei compilatori[137]. Lungi dall'essere «settled law»[138], essa sarà discussa per tutta l'età classica, ed è forse all'esistenza di simili discussioni che dobbiamo attribuire la prudenza della nota frase di Ulpiano, per cui *non solet locatio dominium mutare*[139].

Paolo, insomma, verisimilmente conserva le tracce dell'altrimenti scomparsa prospettiva proculeiana. Una dottrina che oppone alla teoria sabiniana — per la quale l'elemento che decide la riconduzione del negozio alla locazione o alla compravendita è la (titolarità della) *materia* — l'importanza del requisito dell'*o p e r a* : ogni committenza, scrive Paolo, è locazione (*quotiens ... faciendum aliquid datur, locatio est*), e non vendita, perché l'artefice fornisce non solo una *res*, bensì il proprio lavoro. Elemento, quest'ultimo, che non può essere assorbito, come per accessione, dalla *materia*, ma che costituisce la vera radice dell'obbligazione dell'artefice: *locat enim artifex operam suam, id est faciendi necessitatem*[140].

5. (Segue:) ALCUNE CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE.

L'interpretazione corrente della locazione come contratto all'interno del quale non si possono verificare trasferimenti di *dominium*, e la conseguente riconduzione alla categoria del contratto 'irre-

---

[137] Naturalmente, non bisogna ritenere che la vittoria della tesi proculeiana rispetto alla *tabula picta* (cfr. Gai. 2. 78; Gai. 2 *rer. cott.* D. 41. 1. 9. 2; Inst. 2. 1. 34) e della *media sententia* rispetto alla *specificatio* (cfr. Gai. 2 *rer. cott.* D. 41. 1. 7. 7; Inst. 2. 1. 25) sia contraria alla vittoria della prospettiva sabiniana rispetto al rapporto fra *materia* e *opera* nella *locatio* cd. *operis*: in quest'ultimo caso, infatti, il problema è solo quello della qualificazione del negozio (*locatio* o *emptio*), e non è necessariamente dipendente dalle motivazioni di tutela dell'artista (o dell'artefice) che possono aver ispirato la soluzione delle altre questioni (su cui cfr. LUCREZI, *La 'tabula picta'*, cit., 229 ss.).

[138] Così invece THOMAS, *Reflections on Building Contracts*, cit., 676.

[139] Ulp. 2 *ad ed.* D. 19. 2. 39.

[140] Frase, questa, che la dottrina ha spesso ritenuto interpolata, ma che come si vede svolge una sua funzione nella logica del passo. Per l'interpolazione, cfr. P. DE FRANCISCI, *Translatio dominii*, Milano 1911, 23; G. VON BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, IV, Tübingen 1920, 133; BRASIELLO, *L'unitarietà* (1927), cit., 573 ss.; DE SARLO, *Alfeno Varo*, cit., 194; LUZZATTO, *Caso fortuito e forza maggiore*, cit., I, 162; DE ROBERTIS, *I rapporti di lavoro*, cit., 25 nt. 3; 51 s.; 125; 131 nt. 2; MAYER-MALY, *Locatio conductio*, cit., 75; AMIRANTE, *Ricerche*, cit., 98 nt. 68; THOMAS, *Reflections on Building Contracts*, cit., 676; PINNA PARPAGLIA, *Vitia ex ipsa re*, cit., 105.

golare' di quelle ipotesi in cui un mutamento di proprietà si realizza, sono il portato dell'interpretazione sistematizzante ed attualizzante della tradizione romanistica, favorita da tendenze analoghe già presenti nella compilazione di Giustiniano. In questo senso, è emblematica l'interpretazione usuale — e pressoché unanime — del passo di Paolo: anziché tentare di comprendere la peculiarità della posizione espressa dal giurista severiano, storicizzandola e riconducendola al contesto delle discussioni della giurisprudenza classica, si è preferito 'normalizzare' il contributo paolino inserendo, a mo' di presupposto implicito, il dato — del tutto assente nel frammento — della proprietà del suolo da parte del committente. In tal modo si è creato un 'sistema' tendenzialmente armonico, in cui ha predominato la soluzione di Sabino.

Tuttavia, il fatto che alcuni testi siano comunque sopravvissuti al filtro dei compilatori — che, come si è detto, aderivano alla posizione sabiniana[141] — consente di ricostruire, almeno nelle linee essenziali, il dibattito originario.

Come abbiamo visto a suo tempo, la giurisprudenza tardo-repubblicana — Quinto Mucio e Servio-Alfeno — non si poneva problemi di distinzione tra *locatio conductio* ed *emptio venditio*[142]. Evidentemente, i contenuti economico-sociali dei due contratti erano ritenuti sufficientemente caratterizzati per non porsi il problema della rilevanza, ai fini della qualificazione dogmatica, di un eventuale passaggio di proprietà all'interno della locazione.

Dopo questa fase, se non è del tutto ricostruibile la posizione di Labeone[143], nel primo principato assistiamo ad un maggiore interesse verso la definizione del sistema contrattuale e la precisazione dei confini di ciascuna figura.

A Sabino è dovuta una svolta: verisimilmente in coerenza con le sue convinzioni filosofiche, egli ritiene necessario che, per aversi locazione e non compravendita, il *corpus* dal quale l'artefice trae la *res* finale provenga dal committente; oppure che questi fornisca almeno la *substantia*, lo ὑποκείμενον, della *res*[144].

---

[141] Cfr. specialmente *infra*, cap. V § 5.

[142] Cfr. D. 34. 2. 34 pr. (Q. Muc.) (*supra*, cap. I § 3) e D. 19. 2. 31 (*supra*, cap. II § 1).

[143] D. 18. 1. 80. 3 (*supra*, cap. III § 4).

[144] D. 18. 1. 20 (Sab.) (*supra*, § 2).

Tuttavia questa soluzione — che tenta di accordarsi a convinzioni filosofiche, e dunque alla *naturalis ratio*, ma che da un punto di vista giuridico è piuttosto rigida — deve aver trovato opposizione negli esponenti dell'altra *secta*. I Proculeiani non avevano alcun motivo per modificare le posizioni tardo-repubblicane: coerententemente con la loro dottrina della specificazione, essi attribuivano comunque la proprietà del manufatto all'artefice, e dunque ai loro occhi non rilevava in alcun senso la proprietà dei materiali, poiché tanto nel caso in cui fossero stati del committente (che avrebbe avuto il loro valore *in obligatione*, come nel passo di Quinto Mucio) quanto nell'ipotesi che provenissero dall'artefice (che ne avrebbe conteggiato il valore nella *merces* locativa) vi sarebbe stato almeno un passaggio di proprietà, quello della *res* finale dall'*artifex* al committente.

Cassio — unico, sembrerebbe, nella sua scuola[145] — tenta di mediare fra le due posizioni e propone, da un lato, di ricondurre alla compravendita il trasferimento di *dominium* della *materia*, in armonia con le proposizioni del suo maestro e con le dottrine stoiche cui anch'egli mostra di ispirarsi; dall'altro, di conservare lo schema della locazione rispetto all'*opera*, che nella prospettiva di Sabino quasi 'accedeva' alla *materia*, e cui invece i Proculeiani attribuivano un significativo rilievo[146].

Quest'ultimo profilo, peraltro, appare confermato dall'analisi del passo di Paolo, nel quale sono forse da riconoscere le ultime tracce della concezione proculeiana. Paolo afferma che si ha locazione anche quando i materiali provengano dall'artefice, perché quest'ultimo loca la propria *opera*[147]: l'irriducibilità del *facere* dell'artefice alla compravendita è affermato con forza, e costituiva forse — a giudicare anche dal frammento di Cassio — il principale argomento dei Proculeiani.

Abbiamo dunque varie interpretazioni dei 'confini' della locazione, delle quali — in sede di valutazione storica — nessuna può essere preferita in virtù delle successive fortune, ma che per l'età della giurisprudenza classica devono essere tenute tutte presenti.

Per la prima, quella sabiniana (cui sotto questo profilo possiamo ricondurre anche Cassio), il *discrimen* tra locazione e compravendita è sempre e solo l'assenza di trasferimento del *dominium*.

---

[145] Cfr. gli esiti della discussione in D. 18. 1. 65; D. 34. 2. 34 pr. (Pomp.); Gai. 3. 147 (*supra*, § 3.2).

[146] Gai. 3. 147 (Cass.) (*supra*, § 3).

[147] D. 19. 2. 22. 2 (*supra*, § 4).

Per la seconda, quella proculeiana, il criterio del trasferimento del *dominium* ha probabilmente rilievo, ma soltanto in negativo, nel senso che — come aveva affermato Labeone[148] — non si può parlare di *emptio venditio* laddove le parti si siano accordate affinché il *dominium* non passi dall'una all'altra. Piuttosto, in armonia con le concezioni tardo-repubblicane, e guardando soprattutto alla sostanza economica del rapporto, i Proculeiani attribuiscono importanza anche all'elemento dell'*opera*, affermando che quando il *facere* dell'artefice sia dedotto nell'obbligazione (la *faciendi necessitas* di cui parla Paolo) si deve pensare non ad una compravendita, ma ad una locazione.

I primi criteri di determinazione della *locatio conductio* emergenti dalla definizione 'perimetrale' del contratto sono dunque due: non-trasferimento del *dominium* e *opera*.

Valuteremo più avanti il loro significato per la soluzione del problema dell'unitarietà o tripartizione della *locatio conductio*[149]. Per ora proseguiamo nella ricognizione delle definizioni 'perimetrali' operate dai giuristi romani.

6. LA DEFINIZIONE «PERIMETRALE» DELLA 'LOCATIO CONDUCTIO' RISPETTO AI 'NOVA NEGOTIA'. A) LO SCAMBIO DI 'RES UTENDAE FRUENDAE' (GAI. 3. 144; D. 19. 2. 35. 1; D. 10. 3. 23).

Uno degli àmbiti più interessanti dell'analisi della definizione 'perimetrale' è certamente costituito dall'esame di quelle ipotesi in cui i giuristi non riuscivano a ricondurre il negozio ad alcuno dei tipi 'nominati' e dovevano ricorrere a figure nuove o, comunque, non esistenti nel sistema contrattuale tipico.

Del tema — che ovviamente si lega a quello della concezione romana del *contractus* e della rilevanza, nella stessa, delle nozioni di *conventio* e di συνάλλαγμα, oltre che alla complessa questione della tutela processuale delle convenzioni atipiche — non è possibile, è evidente, parlare in questa sede *ex professo*[150]. Quel che a noi interessa è

[148] D. 18. 1. 80. 3.

[149] Cfr. *infra*, cap. VI § 3.

[150] In particolare, non è possibile soffermarsi sul problema della natura dell'azione (o delle azioni) che le fonti denominano come *actio in factum*, *actio in factum civilis*, *actio civilis incerti*, *agere praescriptis verbis*: il punto sulla dottrina più recente può trovarsi in BURDESE, *Recenti prospettive in tema di contratti*, cit., 200 ss.; ID., *Contratto e convenzioni*

piuttosto, ancora una volta, porre in luce i criteri discretivi utilizzati dalla giurisprudenza romana per individuare la *locatio conductio*.

Converrà prendere le mosse dalle *institutiones* gaiane. Uno dei *quaeritur* riportati da Gaio concerne l'ipotesi dello scambio di *res utendae fruendae*:

> Gai. 3. 144. item si rem tibi utendam dederim et invicem aliam rem utendam acceperim, quaeritur, an locatio et conductio contrahatur.

La fattispecie è quella dello scambio di godimento[151]. Il parallelismo tra la trattazione gaiana della compravendita e quella della locazione[152], induce a porre il *quaeritur* di Gai. 3. 144 sullo stesso piano dei problemi di distinzione tra *emptio venditio* e *permutatio* discussi in Gai. 3. 141 — analogia che peraltro le Istituzioni giustinianee rendono esplicita[153] — ipotizzando che anche questa volta la disputa vedesse come protagonisti Sabiniani e Proculeiani. E che, in accordo con le posizioni di ciascuno rispetto al rapporto tra compravendita e permuta, i primi facessero rientrare lo scambio di *res utendae fruendae* nella locazione, mentre i secondi affermavano potesse aversi *locatio conductio* solo quando vi fosse stata una *merces* — anche se, forse, non necessariamente *in pecunia numerata*[154] — ravvisando nello scambio di godimento un rapporto rientrante tra i *nova negotia*[155].

---

atipiche da Labeone a Papiniano, in «SDHI» 42 (1996) 515 ss. (bibliogr. dei lavori più recenti *ibid.*, 515 nt. 3; del medesimo a. cfr. anche i lavori citati *supra*, cap. III ntt. 4-5), cui *adde* F. GALLO, *'Agere praescriptis verbis' e editto alla luce di testimonianze celsine*, in «Labeo» 44 (1998) 7 ss.

[151] Fattispecie che non va confusa con quella dello scambio di *res utenda fruenda* contro *res*, che è l'ipotesi della locazione parziaria: cfr. in questo senso anche C. FERRINI, *La colonia partiaria*, in «RIL» s. II, 26 (1893) = *Opere*, III, cit., 12 s.

[152] Su cui cfr. anche *infra*, § 7.

[153] Cfr. Inst. 3. 24. 2, riportato *infra*, nt. 155.

[154] Cfr. *infra*, § 6.

[155] Dato, quest'ultimo, che può essere desunto non solo dall'analogia con la *permutatio*, ma anche dagli esiti giustinianei. In Inst. 3. 24. 2, infatti, viene accolta la presumibile soluzione proculeiana, affermandosi che *placuit* di qualificare lo scambio di *res utendae fruendae* non come *locatio conductio*, bensì come un *proprium genus contractus*, tutelato attraverso l'*actio praescriptis verbis*: *praeterea sicut vulgo quaerebatur, an permutatis rebus emptio et venditio contrahitur: ita quaeri solebat de locatione et conductione, si forte rem aliquam tibi utendam sive fruendam quis dederit et invicem a te aliam utendam sive fruendam acceperit. et placuit non esse locationem et conductionem, sed proprium genus esse contractus. veluti si, cum unum quis bovem haberet et vicinus eius unum, placuerit inter eos, ut*

Senonché, probabilmente, le posizioni delle due scuole possono essere riconosciute anche in due testimonianze di giuristi classici. La prima sembrerebbe conservata in un passo di un giurista sabiniano, Africano. La seconda parrebbe essere fatta propria da Ulpiano — il che mostra come stesse divenendo predominante già in età tardo-classica.

Iniziamo da Africano:

> Afric. 8 *quaest.* D. 19. 2. 35. 1: cum fundum communem habuimus et inter nos convenit, ut alternis annis certo pretio eum conductum haberemus, tu, cum tuus annus exiturus esset, consulto fructum insequentis anni corrupisti. agam tecum duabus actionibus, una ex conducto, altera ex locato: locati enim iudicio mea pars propria, conducti autem actio<ne> tua dumtaxat propria in iudicium venient. deinde ita notat: nonne quod ad meam partem attinebit, communi dividundo praestabitur a te mihi damnum? recte quidem notat, sed tamen etiam Servi sententiam (fr. 29 LENEL) veram esse puto, cum eo scilicet, ut, cum alterutra actione rem servaverim, altera peremature. quod ipsum simplicius ita quaeremus, si proponatur inter duos, qui singulos proprios fundos haberent, convenisse, ut alter alterius ita conductum haberent, ut fructus mercedis nomine pensaretur.

Nel lungo frammento che risulta dall'accostamento di D. 19. 2. 33 e 35 pr.-1 (fr. 100 LENEL)[156], Africano sta discutendo dell'applicabilità di una *distinctio* serviana — che il giurista repubblicano aveva formulato in tema di locazione di *insulae* — anche alle ipotesi di locazione di un fondo. La distinzione (che abbiamo commentato nel capi-

---

per denos dies invicem bovem commodarent, ut opus facerent, et apud alterum bos periit: neque locati vel conducti neque commodati competit actio, quia non fuit gratuitum commodatum, verum praescriptis verbis agendum est (cfr. *infra*, cap. V § 5). Per il rapporto tra la prima parte del testo e Gai. 3. 144, cfr. per tutti CHIAZZESE, *Confronti testuali*, cit., 441 s. Nella seconda parte del passo si fa seguire un esempio tratto da Ulp. 28 *ad ed.* D. 19. 5. 17. 3, nel quale si indicava l'*agere praescriptis verbis* come mezzo di tutela processuale per il caso della messa in comune di due buoi da parte di due vicini, ciascuno proprietario di un animale, per usarne alternativamente. Non vi è spazio né per l'*actio commodati, quia non fuit gratuitum commodatum* (come già aveva scritto Ulpiano), né per le azioni di locazione (aggiungono i compilatori), evidentemente perché manca la *merces* (cfr. Theoph. *paraphr.* 3. 24. 2).

[156] Cfr. LENEL, *Palingenesia*, cit., I, 28, dove il passo è inserito nella sezione della *locatio conductio*, e ID., *Afrikans Quästionen. Versuch eine kritischen Palingenesie*, in «ZSS» 51 (1931) 43 s., in cui l'a. riconduce il brano alla *emptio venditio.*

tolo terzo[157]) si riferiva ai casi in cui sia stato impedito al conduttore l'*uti frui*: quando ciò sia attribuibile a comportamento omissivo o commissivo del *dominus*, si ha solo *remissio mercedis*; quando invece vi è una *culpa* del locatore, questi diviene responsabile per l'*id quod interest*. Africano dapprima applica questa distinzione alle normali ipotesi di locazione di fondi[158], poi passa alle due fattispecie discusse nel passo.

La prima (*cum fundum ... perematur*) riguarda l'accordo tra i comproprietari di un fondo per godere ad anni alterni dei frutti del terreno, pagandosi l'un l'altro un *certum pretium*. Se una delle parti rende infruttifero il fondo per l'anno successivo, con quale azione si potrà agire? Servio — riferisce Africano — riteneva si potessero esperire due azioni: *ex locato*, per la parte di fondo in proprietà dell'attore; *ex conducto*, per la porzione restante. Giuliano aggiungeva che, per la parte di cui si era proprietari, si poteva esperire l'*actio communi dividundo*[159]. Africano conclude osservando che entrambe le affermazioni

---

[157] Cap. III § 2.5.

[158] Africano in un primo momento enumera una serie di fattispecie in cui un caso di forza maggiore ha impedito l'adempimento dell'obbligazione (*publicatio* del fondo, rovina del terreno su cui edificare l'*insula*), precisando che in tali ipotesi non si è tenuti per l'*id quod interest*, ma per la sola *merces*, che sarà *remissa* o *reddita*. Poi specifica che negli altri casi, quando sia impedito al *colonus* di godere del fondo, occorre distinguere tra l'ipotesi in cui l'impedimento derivi dal *dominus* o da persona cui il *dominus* possa proibire di ostacolare il *frui* — allorché si dovrà *praestare* l'*id quod interest*; e l'ipotesi in cui l'impedimento derivi da una persona che, per *vis maior* o *potentia* (come nel caso dei *latrones*, chiariscono i compilatori inserendo Gai. 10 *ad ed. prov.* D. 19. 2. 34), non può essere fermata — allorché si dovrà *praestare* la sola *merces* (D. 19. 2. 33). Successivamente (D. 19. 2. 35 pr.), Africano ricorda la *distinctio* serviana circa la necessarietà o meno del comportamento del *dominus* che impedisca al conduttore di godere dell'*insula* locata, e la applica all'esempio del fondo. Infine passa agli esempi di D. 19. 2. 35. 1.

[159] La nota di Giuliano non è necessariamente contraria alla riconducibilità del rapporto (anche) alla *locatio conductio*, come invece ritiene K. MISERA, *Der Nutzungstausch bei Nachbarn und Miteigentümern. Zu den klassischen Grundlagen der justinianischen Quellen*, in «ZSS» 94 (1977) 277 nt. 58 e 289: Giuliano non esclude l'*actio ex conducto* per la parte in proprietà dell'altro (come riconosce anche il MISERA, *op. cit.*, 284 nt. 91; *contra*, J. A. C. THOMAS, *D. 19, 2, 35, 1*, in «BIDR» 74 [1971] 86, ma con argomenti logici a mio avviso non probanti; cfr. anche ID., *The Nature of Merces*, in «AJ» [1958] 194), quindi considerava il negozio come una locazione (e dunque non poteva escludere neanche l'*actio ex locato*); cfr. già ACCURSIUS, gl. *notat* ad D. 19. 2. 35. 1: «non reprehendendo quod est dictum, sed quod minus dictum». Probabilmente Africano si limita ad esplicitare una dottrina già presente, pur se implicitamente, nel pensiero di Giuliano (il quale, come si è visto, si doveva occupare del caso rispetto alla *societas*). Allo stesso modo — e qui concordo con il MISERA, *Nutzungstausch*, cit., 278 nt. 60, 286 e nt. 106, oltre che con il THOMAS, *D. 19, 2, 35, 1*, cit., 84, contro A. BERGER, *Zur Entwicklungsgeschichte der Teilungsklagen*, Weimar 1912, 121 s. — non è da escludere che Servio fosse d'accordo sull'esperibilità dell'*actio*

sono fondate[160]: si può agire tanto con le azioni di locazione quanto con l'*actio communi dividundo*, ma il ricorso all'una fa esaurire l'altra[161].

La seconda ipotesi (*quod ipsum ... pensaretur*) sembra essere stata aggiunta da Africano il quale, evidentemente, aveva ricordato le discussioni dei suoi predecessori al fine di risolvere un caso analogo. Il giurista, infatti, rileva che quanto detto rispetto al primo esempio può essere ripetuto — essendo la fattispecie addirittura più semplice, evidentemente perché non si pone, nemmeno in astratto, il problema dell'*actio communi dividundo*[162] — per il caso in cui il negozio sia stipulato da proprietari di fondi vicini che si siano accordati per godere alternativamente dei rispettivi fondi compensando i frutti *mercedis nomine*.

Le fattispecie, come si vede, sono fra loro distinte sotto due profili:

a) innanzitutto, nella prima le parti sono comproprietarie del fondo, mentre nella seconda ciascuna è proprietaria di un fondo diverso;

b) in secondo luogo, nella prima locazione il prezzo parrebbe previsto in denaro (*certo pretio*), mentre nella seconda le parti si accordano *ut fructus mercedis nomine pensaretur*.

---

communi dividundo ma, semplicemente, non ne abbia parlato, così come, ad esempio, non affronta i profili del danno aquiliano.

[160] Sul rapporto fra le *quaestiones* di Africano e i pareri del suo maestro Giuliano, sottolineato già dalla Glossa ordinaria (ACCURSIUS, gl. *respondit* ad D. 33. 8. 16 pr., su cui cfr. F. CASAVOLA, *Gellio, Favorino, Sesto Cecilio*, in *Giuristi adrianei*, Napoli 1980, 87, con ulteriori riferimenti alla dottrina intermedia), testimoniato da espressioni come *ait, inquit, respondit, notat,* ecc., cfr. per tutti: A. M. HONORÉ, *Julian's Circle*, in «TR» 32 (1964) 9 ss. (il quale tuttavia si spinge forse troppo oltre, sostenendo che le opere di Africano sono sostanzialmente «no more than a compilation of Julian's *Quaestiones* and *Responsa*»); A. WACKE, *D. 19. 2. 33: Afrikans Verhältnis zu Julian und die Haftung für höhere Gewalt*, in «ANRW» II. 15, Berlin - New York 1976, 456 ss.; H. ANKUM, *Afrikan D. 19. 2. 33: Haftung und Gefahr bei der publicatio eines verpachteten oder verkauften Grundstucks*, in «ZSS» 97 (1980) 157.

[161] Lo sch. κοινόν (1) ad Bas. 20. 1. 34 (SCHELTEMA, B. III, 1197) riferisce questa soluzione a Nerva. Per un altro esempio di concorso fra *actio ex conducto, pro socio* e *communi dividundo*, cfr. Paul. 22 *ad ed.* D. 4. 9. 6. 1. Sui profili processuali del caso, cfr. E. LEVY, *Die Konkurrenz der Aktionen und Personen im klassischen römischen Recht*, II, Berlin 1922, 143 ss.

[162] Cfr. J. CUIACII *Ad Africanum tractatus*, ad lib. VIII, ad D. 19. 2. 35 pr., in *Opera*, cit., I, 1485. E, a commento del *simplicius* del passo: «detracta communione fundi, detracta actione communi dividundo»; cfr. anche MISERA, *Nutzungstausch*, cit., 274 nt. 37.

Africano, come si è detto, distingue le due fattispecie sotto due profili, ma in effetti per la sua discussione rileva solo il profilo 'comproprietà ~ proprietà distinta', mentre è del tutto superfluo il profilo 'pagamento in denaro ~ compensazione dei frutti'. Perché, allora, il giurista ne fa menzione?

Il problema non si risolve pensando ad una interpolazione (o a un glossema) della seconda fattispecie (*quod ipsum ... pensaretur*)[163], perché resterebbe comunque da spiegare la precisazione circa il *certum pretium*. Né mi sembra possibile immaginare, con il Misera[164], che nel pensiero di Africano *certo pretio* indicasse non un pagamento in denaro, bensì la reciproca attribuzione di godimento, e che solo i compilatori abbiano inteso l'espressione come un riferimento alla *pecunia*: *pretium*, infatti, a differenza di *merces*, ha nelle fonti di ogni epoca esclusivamente valore di *pecunia*[165].

Piuttosto, credo che al riguardo siano prospettabili due ipotesi.

Innanzitutto potremmo pensare che, come aveva già proposto il Cujas[166], l'espressione *certo pretio* sia spuria — e, al riguardo, potrebbe ipotizzarsi tanto un'interpolazione giustinianea quanto un'aggiunta postclassica, anche in considerazione del fatto che per alcuni autori l'opera di Africano sarebbe giunta ai compilatori piuttosto rielaborata[167]. In tal caso, entrambe le

[163] Così BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen* (1948), cit., 285; MAYER-MALY, *Locatio conductio*, cit., 133 (che mi sembra seguito nella sostanza dal CANNATA, *Per lo studio della responsabilità per colpa*, cit., 138 nt. 1) e THOMAS, *The Nature of Merces*, cit., 194 s.; ID., *D. 19, 2, 35, 1*, cit., 87 ss.; cfr. ID., *Conductio suae rei*, in «Index» 2 (1971) 289 nt. 20, il quale pensa ad una glossa postclassica. L'ipotesi di quest'ultimo a. si fonda su ragioni formali e sostanziali: da un lato, il passaggio dal singolare di *puto* al plurale di *quaeremus*, nonché l'impersonale *proponatur* dopo l'uso di *ego* e *tu*; dall'altro il fatto che il secondo caso non è del tutto comparabile con il primo, avendo ad oggetto fondi di proprietari diversi, cui non è applicabile — come invece nel primo — l'*actio communi dividundo*. Certo, l'ipotesi di una glossa risolverebbe molti problemi, ma la proposta non convince. Per quanto attiene alle ragioni formali, lo stesso Thomas riconosce che simili argomenti «carry less weight now than in former days». Rispetto a quelle sostanziali, basterà riflettere su quanto detto sinora — cui aggiungerei l'interpretazione di *simplicius* proposta dal Cujas (cfr. *supra*, nt. 162) — per comprendere che scopo del giurista era chiaramente quello di estendere ad una fattispecie analoga (ma non identica) il responso serviano liberandolo dalla nota di Giuliano. In generale, sul problema delle interpolazioni del passo è molto accurata la disamina del PALAZZOLO, *Evizione della cosa locata e responsabilità del locatore*, cit., 297 ss.

[164] MISERA, *Nutzungstausch*, cit., 281 s.

[165] Cfr. F. KOBLER, *Der Teilbau im römischen und geltenden italienischen Recht mit Berücksichtigung des französischen Rechts*, Marburg 1928, 33 s. e KAUFMANN, *Die altrömische Miete*, cit., 133 ss., rispetto alla differenza tra *merces* e *pretium*.

[166] CUIACII *Ad Africanum tractatus*, ad lib. VIII, ad D. 19. 2. 35 pr., in *Opera*, I, cit., 1486. C; cfr. anche MAYER-MALY, *Locatio conductio*, cit., 68 (cfr. anche 132). La possibilità è data dal MISERA, *Nutzungstausch*, cit., 281 s., come alternativa ad una *duplex interpretatio* (cfr. *infra*, nt. 172).

[167] Così soprattutto KALB, *Roms Juristen*², cit., 66 ss.; SCHULZ, *Geschichte*², cit., 292 = *Storia*, cit., 415; *contra* LENEL, *Afrikans Quaestionen*, cit., 3; E. BUND, *Untersuchungen*

fattispecie potrebbero essere interpretate come accordi in cui si prevede la compensazione dei frutti, e ciò significherebbe che non solo Africano, ma anche Giuliano e Servio vedevano in un rapporto così costituito una *locatio conductio*[168]. Ma l'ipotesi, a mio avviso, non persuade, perché costringerebbe ad un passaggio troppo brusco tra l'applicazione della regola serviana all'ipotesi della locazione del fondo (D. 19. 35 pr.) e la formulazione di una fattispecie comunque peculiare come quella in cui *fructus mercedis nomine pensaretur*; naturalmente, si potrebbe anche immaginare un taglio compilatorio tra il *principium* e il § 1, ma così facendo moltiplicheremmo eccessivamente le ipotesi.

Piuttosto, mi sembra preferibile pensare che le due fattispecie non siano frutto di esemplificazioni di Africano, ma costituiscano *responsa* relativi a casi concreti[169], che il giurista collega tra di loro senza preoccuparsi eccessivamente della corrispondenza di tutti gli aspetti delle singole fattispecie — e ciò, peraltro, mi sembra compatibile con la natura dell'opera, trattandosi di *quaestiones*[170]. Accettando questa ipotesi, potremmo distinguere un profilo essenziale di differenziazione fra le fattispecie (essenziale, è chiaro, rispetto al discorso di Africano: 'comproprietà ~ proprietà distinta', *sub a)* e un profilo meramente accidentale ('pagamento in denaro ~ compensazione dei frutti', *sub b)*, comunque riportato nel passo perché presente nella *quaestio*.

Anche se ai fini del responso era il profilo meno rilevante, ciò che a noi interessa è soprattutto il criterio *sub b)*, perché testimonia che per Africano era tutelato dalle azioni di locazione anche il negozio in cui le parti si accordano *ut fructus mercedis nomine pensaretur*. Tentiamo dunque di comprendere il significato di questa frase.

Gli esegeti più antichi, orientali ed occidentali[171], hanno ipotizzato che anche nel secondo esempio fosse stata inizialmente *conventa* una *merces* in denaro, e che solo in un momento successivo del rapporto questa sia stata mutata in frutti. In linea di diritto, va notato,

---

zur Methode Julians, Köln 1965, 8 nt. 19. Non prende posizione WACKE, *D. 19. 2. 33*, cit., 459 s. nt. 10.

[168] Così, pur se per altre vie, MISERA, *Nutzungstausch*, cit., *passim*, ma spec. 277.

[169] E dunque non uno «Schulbeispiel», come sostiene il MISERA, *Nutzungstausch*, cit., 277.

[170] Cfr. per tutti SCHULZ, *Geschichte*², cit., 290 ss. = *Storia*, cit., 414 ss., e WACKE, *D. 19. 2. 33*, cit., 459 s.

[171] Sch. κοινόν (1) ad Bas. 20. 1. 34 (SCHELTEMA,, B. III, 1197); sch. εἰ γάρ (4) ad Bas. 20. 1. 34 (SCHELTEMA, B III, 1198); ACCURSIUS, gl. *ex conducto* e gl. *mercedis*, ad D. 19. 2. 35. 1. La lettura è stata in seguito fatta propria anche da scrittori storicamente più avvertiti come FABRI *Rationalia*, ad D. 19. 2. 35. 1, ed. cit., V, 600, e WESTPHAL, *Kauf, Pacht, Mieth- und Erzinskontract*, cit., 553.

l'ipotesi non è fantasiosa, essendo anzi testimoniata espressamente da Ulp. 32 *ad ed.* D. 19. 2. 19. 3; ma è chiaro che, da un punto di vista esegetico, un inserimento del genere in D. 19. 2. 35. 1 è del tutto arbitrario[172].

Piuttosto, potrebbe pensarsi che l'espressione alluda ad una locazione parziaria[173]. Ma mi sembra che, contestualizzando il frammento entro il discorso di Africano, anche questa soluzione risulti improbabile. Non bisogna infatti dimenticare che Africano sta applicando a varie ipotesi la *distinctio* serviana: il fatto che il giurista precisi (nella prima parte del passo, ma la logica del discorso esige che la precisazione valga anche per la seconda) che *Tu* ha arrecato il danno consapevolmente (*consulto*) mostra che anche in D. 19. 2. 35. 1 Africano continua a ragionare nei termini dell'alternativa tra *vis maior* e responsabilità per l'*id quod interest*. Senonché noi sappiamo da Gaio — e non abbiamo motivi per pensare che Africano avesse idee diverse — che la regola della *vis maior* non ha senso rispetto al *colonus partiarius*, il quale *quasi societatis iure et damnum et lucrum cum domino fundi partitur*[174]. Nella locazione parziaria, in altre parole, la distinzione serviana assume tutt'altro significato, e personalmente trovo difficile che Africano, dopo aver spiegato e applicato così a lungo la *distinctio*, ora affronti senza spiegazione alcuna un ambito in cui essa deve essere profondamente riformulata.

---

[172] Una simile lettura deve essere spiegata con l'affermazione giustinianea (o forse già postclassica) del principio della *merces in pecunia numerata* (cfr. *infra*, § 6 e cap. V § 5): la regola, ritenuta coessenziale alla locazione, induce gli interpreti a ricercare soluzioni interpretative artefatte per mantenere coerenza al sistema. Oltretutto, rispetto all'interpretazione giustinianea, la dottrina più antica potrebbe aver colto nel segno; non è da escludere infatti che nella redazione dei *Digesta* la seconda parte di D. 19. 2. 35. 1 sia rimasta invariata per una sorta di *duplex interpretatio* del passo: i compilatori potrebbero aver immaginato proprio una fattispecie analoga a quella ricostruita dagli scolii ai Basilici.

[173] Cfr., ad es., MOLNÁR, *Rechte und Pflichten*, cit., 171 s.

[174] Gai. 10 *ad ed. prov.* D. 19. 2. 25. 6 (riportato *infra*, nt. 188): il criterio risulta chiaramente dal passo; mi limito a rinviare a CAPOGROSSI COLOGNESI, *Ai margini della proprietà*[3], cit., 227 ss., con bibliografia. In questa sede non rileva il problema del rapporto storico tra D. 19. 2. 25. 6 e la decisione di Alessandro Severo contenuta in C. 4. 65. 8 (231 d.C.), su cui cfr. MAYER-MALY, *Locatio conductio*, cit., 145 s.; ANKUM, *Remissio mercedis*, cit., 236; ID., *Verbotsgesetze und Ius Publicum*, in «ZSS» 97 (1980) 309; MASI, *Remissione della mercede*, cit., 282 nt. 39; SITZIA, *'Periculum locatoris' e 'remissio mercedis'*, cit., 358 nt. 91; DE NEEVE, *Remissio mercedis*, cit., 326 s. (cfr. anche ERNST, *Das Nutzungsrisiko bei der Pacht*, cit., 567 ss.; THOMAS, *Remissio mercedis*, cit., 1271 ss., spec. 1276); CAPOGROSSI COLOGNESI, *op. cit.*, 234 ss.

Al contrario, mi sembra preferibile immaginare che con la frase *ut fructus mercedis nomine pensaretur* Africano intendesse riferirsi ad una ipotesi di scambio di *res utendae fruendae*, cioè ad un assetto di interessi nel quale ciascun locatore è tenuto a *praestare uti frui* salvo l'ipotesi di *vis maior*[175].

Accettando questa ricostruzione, poiché Africano ritiene il rapporto tutelabile con le azioni di locazione — e poiché pone le due fattispecie contenute nel passo sullo stesso piano[176], con la sola (altra) differenza della situazione proprietaria dei fondi[177] — dovremo concludere che egli considera possibile ricondurre alla *locatio conductio* anche il caso in cui le parti si limitino a scambiarsi il godimento delle rispettive *res*, 'a titolo di *merces*' (*mercedis nomine*)[178].

Sembrerebbe, insomma, che Africano appartenesse a quella linea giurisprudenziale ricordata da Gaio, per la quale lo scambio di *res utendae fruendae* rientra nella *locatio conductio*. E, sia per la formazione del giurista, sia per la posizione assunta dalla *secta* nel parallelo dibattito sulla *permutatio*, non riterrei azzardato ipotizzare che — come affermato all'inizio — nel passo di Africano sia da riconoscere la dottrina dei Sabiniani.

Contro questa visione, secondo quanto possiamo dedurre da Gaio e dalle Istituzioni giustinianee, si scontra la prospettiva proculeiana. Non abbiamo elementi di certezza rispetto ai contenuti di quest'ultima, ma possiamo ipotizzare che una eco delle sue proposizioni sia stata conservata in un passo di Ulpiano:

> Ulp. 32 *ad ed.* D. 10. 3. 23: si convenerit inter te et socium tuum, ut alternis annis fructum perciperetis, et non patiatur te socius tui anni

---

[175] Così anche MISERA, *Nutzungstausch*, cit., 269 s., il quale però considera il testo «überarbeitet» (*ibid.*, 274).

[176] Africano, così come già in D. 19. 2. 35 pr., intende dimostrare la validità di una soluzione mostrando come, in un caso analogo, Servio l'abbia risolta. Le parole *certo pretio* del primo esempio corrispondono dunque specularmente a *ut fructus mercedis nomine pensaretur* del secondo, e non c'è alcun bisogno di pensare ad una loro interpolazione (cfr. *supra*).

[177] Per la struttura logica del rapporto tra i due esempi, cfr. T. GIARO, *Über methodologische Werkmittel der Romanistik*, in «ZSS» 105 (1988) 229 e nt. 178.

[178] Il fatto che i frutti si diano *mercedis nomine* indica che essi non erano considerati *merces*, ma che si davano al posto della *merces*. Per un uso dell'espressione in un contesto in cui si esclude addirittura il ricorrere di una *locatio conductio*, cfr. Gai. 10 *ad ed. prov.* D. 19. 5. 22, su cui *infra*, nt. 214.

fructum percipere, videndum, utrum ex conducto sit actio an vero communi dividundo. eadem quaestio est et si socius, qui convenerat, ut alternis annis frueretur, pecus immisit et effecit, ut futuri anni fructus, quos socius percipere oportuit, corrumperentur. et puto magis communi dividundo iudicium quam ex conducto locum habere (quae enim locatio est, cum merces non intercesserit?) aut certe actionem incerti civilem reddendam.

Due soci si accordano per godere ad anni alterni di un fondo comune, ma uno dei soci impedisce all'altro di percepire i frutti nell'anno di sua spettanza, oppure manda nel campo del bestiame per distruggere il raccolto. Si dovrà utilizzare l'*actio ex conducto*, oppure l'*actio communi dividundo*? Ulpiano afferma che, a suo avviso, occorre preferire la seconda alla prima, oppure un'*actio civilis incerti*, perché non può aversi locazione se non è stata prevista una *merces*.

L'ipotesi, come si vede, è analoga al primo esempio di Africano rispetto alla comunanza del fondo (qui in virtù di un contratto di società), ma corrisponde al secondo esempio per quanto attiene alle modalità di pagamento[179] — ed è questo, ancora una volta, il profilo per noi più interessante.

Diversamente da Africano, Ulpiano non ritiene che alla fattispecie siano applicabili le azioni di locazione[180]; piuttosto, a suo avviso, devono utilizzarsi l'*actio communi dividundo* oppure, ancor più, una *actio civilis incerti* — denominazione che indica, com'è noto, uno degli strumenti processuali posti a tutela delle convenzioni sinallagmatiche[181]. Non è possibile infatti, per Ulpiano, ravvisare una *locatio con-*

---

[179] Ritengono che la fattispecie sia la medesima discussa da Africano MAYER-MALY, *Locatio conductio*, cit., 134; MISERA, *Nutzungstausch*, cit., 277; T. GIARO, *Dogmatische Wahrheit und Zeitlosigkeit in der römischen Jurisprudenz*, in «BIDR» 90 (1987) 94 nt. 332; ID., *Über methodologische Werkmittel der Romanistik*, cit., 215.

[180] Che Ulpiano parli solo dell'*actio ex conducto* non significa che egli escluda in astratto la concorrenza delle azioni *locati* e *conducti* prospettata da Servio, o che si ponga in questa sede il problema di una *conductio suae rei*: si tratta, verisimilmente, di «eine Breviloquenz» (MISERA, *Nutzungstausch*, cit., 280).

[181] Questa porzione di testo è stata a suo tempo ritenuta interpolata: cfr. LEVY - RABEL (cur.), *Index interpolationum*, cit., I, 135, cui *adde* E. EIN, *Le azioni dei condomini*, in «BIDR» 29 (1931) 268, il quale ipotizzava che al suo posto dovesse scorgersi l'*actio pro socio*; B. BRUGI, *Locazione-conduzione fra comproprietarii della cosa*, in *Studi V. Scialoja*, II, Milano 1905, 142, che la trovava «sospetta»; e il MAYER-MALY, *Locatio conductio*, cit., 134: «sicher unecht». Ma queste perplessità, che si legano a ricostruzioni della dottrina circa i cd. contratti innominati ormai superate, sembrano oggi giustamente abbandonate; cfr. comunque, per la genuinità, già P. FREZZA, *Actio communi dividundo*, in «RISG» 7 (1932) 43.

ductio ove non vi sia una mercede: *quae enim locatio est, cum merces non intercesserit?*

Nella discussione riferita da Gaio circa la riconducibilità dello scambio di *res utendae fruendae* allo schema della locazione, Ulpiano avrebbe pertanto seguito la posizione negativa, ossia quella presumibilmente proculeiana, che evidentemente già nel tardo-classico era considerata preferibile.

Le ragioni di una simile dottrina possono essere ricostruite ancora una volta mediante il parallelismo con le discussioni relative alla distinzione tra compravendita e permuta. Probabilmente, i Proculeiani affermavano che nello scambio di godimento le parti del rapporto sono indistinguibili. Con l'effetto di attribuire alla *merces*, quale pagamento distinto dall'attribuzione di godimento, un ruolo distintivo del contratto di locazione analogo a quello assunto — sempre nella visuale proculeiana — dal *pretium* nella compravendita.

Non è invece necessario pensare che per i Proculeiani la *merces* dovesse essere *in pecunia numerata*. Il requisito della nummarietà della mercede, imprescindibile in età giustinianea — come mostra senza ombra di dubbio la parafrasi di Teofilo[182] — e nei commenti orientali successivi[183], era forse giudicato necessario già in età postclassica[184]. Ma per l'età precedente non abbiamo elementi per affermare che fosse considerato essenziale[185]: a differenza

---

[182] Theoph. *paraphr.* 3. 24. 2: ... διὰ τὸ μὴ cérton ἐνταῦθα ἐν ἀργυρίῳ μίσθωμα ...

[183] Cfr. sch. [ψιλῇ] (1) ad Bas. 20. 1. 1 (SCHELTEMA, B. III, 1170): δεῖ δὲ ἐν ἀργυρίοις ὁρισθῆναι τὸν μισθόν. Εἰ γὰρ μ[ὴ] ἐν ἀργυρίοις [ἐγένετο], οὐκ ἦν μίσ[θωσ]ις . . . . . 18 . . . . . [ὡς] ἔστι μὲν καὶ ἀλλαχόθεν μαθεῖν, μάλιστα δὲ ἐξ ὧν ὁ Οὐλπιανὸς ἐν τῷ θ΄. βιβ. τοῦ παρόντος συντάγματος τιτ γ΄. διγ. ε΄. φησίν, ἤτοι [βιβ. — τιτ. — κεφ. — .]. In quest'ultimo passo — come si vede — si reinterpreta in termini di regola generale il dettato di Ulp. 30 *ad ed.* D. 16. 3. 1. 9, che invece era legato ad un caso specifico. Cfr. anche sch. Θαλελαίου (1) ad Bas. 11. 1. 70 (SCHELTEMA, B. I, 318); sch. βουλόμενος (19) ad Bas. 13. 2. 1 (SCHELTEMA, B. II, 639 s.) e sch. Κυρίλλου. ἔδοκά (20) ad Bas. 13. 2. 1 (SCHELTEMA, B. II, 640).

[184] In un noto testo delle *quaestiones* di Paolo, unanimemente riconosciuto come rielaborato (cfr. KASER, *Das römische Privatrecht*, cit., II², 420 nt. 14) ma che potrebbe contenere un nocciolo classico (cfr. per tutti MISERA, *Nutzungstausch*, cit., 272), si afferma che, rispetto ad un *factum quod locari solet*, si avrà *locatio* solo se la controprestazione è *in pecunia*; se essa consiste in una *res* si avrà invece un'*actio civilis in hoc quod interest* oppure, *ad repetendum*, una *condictio*: Paul. 5 *quaest.* D. 19. 5. 5. 2: *at cum do ut facias, si tale sit factum, quod locari solet, puta ut tabulam pingas, pecunia data locatio erit, sicut superiore casu emptio: si rem do, non erit locatio, sed nascetur vel civilis actio in hoc quod mea interest vel ad repetendum condictio.*

[185] Per il WATSON, *The Law of Obligations*, cit., 103, addirittura D. 19. 2. 35. 1 deporrebbe per la classicità della regola della *merces in pecunia*: il fatto che nella prima parte

di quanto avviene nella compravendita, infatti, nell'ipotesi di uno scambio di *res utenda fruenda* contro *res* le parti sono distinguibili, e dunque anche nella prospettiva proculeiana potrebbe parlarsi di locazione (come avviene nella locazione parziaria); a ben vedere, lo stesso Ulpiano non parla di *merces in pecunia numerata*, ma semplicemente di *merces*[186], e non dobbiamo dimenticare che per il vocabolo *merces* il valore di *pecunia* è secondario, essendo invece primario quello di 'corrispettivo di una locazione'[187]. Il termine *merces*, in altre parole, non contiene in sé, necessariamente, il requisito della nummarietà.

D'altra parte, è noto che alcuni giuristi romani riconoscevano la possibilità di una locazione in cui il pagamento avviene mediante la corresponsione di *res*, come nella locazione parziaria. Ciò è vero sicuramente per il sabiniano Gaio[188], ma qualche dubbio potrebbe sorgere anche per il proculeiano Celso, il quale colloca i rapporti posti in essere dal *politor* — che sembrerebbe realizzare spesso un'attività parziaria[189] — talora nella *societas*, talaltra nella *locatio conductio*[190]. Peraltro, ancora nel III sec. d.C., attività come quelle del pastore di vitelli e di pecore sono concepite come locazioni parzia-

---

del frammento si specifichi in modo del tutto inutile che il rapporto si realizza *certo pretio*, mostrerebbe che per i classici la locazione poteva essere solo nummaria.

[186] Intendono l'espressione nel senso di *merces in pecunia numerata* ACCURSIUS, gl. *ex conducto* ad D. 19. 2. 35. 1, e MISERA, *Nutzungstausch*, cit., 276, ma non mi sembra vi siano ragioni per esserne così certi.

[187] Cfr. KAUFMANN, *Die altrömische Miete*, cit., 138 ss.

[188] Cfr. il notissimo Gai. 10 *ad ed. prov.* D. 19. 2. 25. 6: *vis maior, quam Graeci* θεοῦ βίαν *appellant non debet conductori damnosa esse, si plus, quam tolerabile est, laesi fuerint fructus: alioquin modicum damnum aequo animo ferre debet colonus, cui immodicum lucrum non aufertur. apparet autem de eo nos colono dicere, qui ad pecuniam numeratam conduxit: alioquin partiarius colonus quasi societatis iure et damnum et lucrum cum domino fundi partitur.* Che nel testo si faccia riferimento ad un rapporto di locazione è dimostrato da almeno due elementi: innanzitutto, dal fatto che, come mostra l''*alioquin*', Gaio formula un'alternativa esclusiva all'interno della categoria *colonus*, ossia all'interno di una figura di conduttore; in secondo luogo, dal fatto che nel passo il *colonus partiarius* divide il *damnum* e il *lucrum* con il *dominus*, '*quasi societatis iure*': la posizione del colono parziario non è quella di socio, ma è analoga — sotto questo rispetto — a quella di socio, dunque diversa (così già FERRINI, *La colonia partiaria*, cit., 9 s.; KOBLER, *Der Teilbau*, cit., 26). In questo senso, il passo è chiarissimo, e l'unico modo per superarne il dettato sarebbe quello di ritenerlo pressoché interamente interpolato (come infatti deve fare G. LONGO, *Questioni esegetiche*, in *Studi E. Albertario*, I, Milano 1953, 689 s.; ma cfr., sul fatto che ormai se ne riconosce generalmente la genuinità, FRIER, *Remissio mercedis*, cit., 250).

[189] Cfr. *supra*, cap. I § 2.1, spec. nt. 41.

[190] Cels. 7 *dig.* fr. 69 LENEL = Ulp. 31 *ad ed.* D. 17. 2. 52. 2: ... *si in coeunda societate ... artem operamve pollicitus est alter, veluti cum pecus in commune pascendum aut agrum politori damus in commune quaerendis fructibus* ...; Cels. 8 *dig.* fr. 82 LENEL = Ulp. 32 *ad ed.* D. 19. 2. 9. 5: *Celsus etiam imperitiam culpae adnumerandam libro octavo digestorum scripsit: si quis vitulos pascendos vel sarciendum quid poliendumve conduxit, culpam eum praestare debere et quod imperitia peccavit, culpam esse: quippe ut artifex, inquit, conduxit.*

rie in una costituzione di Alessandro Severo[191], e la cd. colonia parziaria è testimoniata in vari testi, dalle *epistulae* di Plinio (anche se in quest'ultima fonte il linguaggio potrebbe non essere tecnico[192]), alle costituzioni raccolte nel Codice[193], ad un frammento di Paolo[194]. Qualificare questi rapporti come *societas* quando prevedono un corrispettivo in frutti, e come *locatio* quando il pagamento sia in denaro è evidentemente una forzatura dettata da esigenze sistematiche[195] e contraddetta dalla figura del *colonus partiarius*, che in quanto *colonus* è indubbiamente conduttore[196]: la verità è che non ci sono giunti

[191] C. 2. 3. 9 (8): *si pascenda pecora partiaria (id est fetus eorum portionibus, quibus placuit, inter dominum et pastorem dividantur) Apollinarem suscepisse probabitur, fidem pacto praestare per iudicem compelletur* (Imp. Alexander A. Mucatrauli, a. 222).

[192] Plin. *epist.* 9. 37: *si non nummo uno sed partibus locem* ... Sembra però che Plinio il giovane fosse piuttosto preciso nel linguaggio giuridico: cfr. KOBLER, *Der Teilbau*, cit., 30. Cfr., sul problema rappresentato dalle lettere di Plinio il giovane rispetto alla ricostruzione delle forme di *locatio* di fondi (e, in particolare, sul nostro passo), F. DE MARTINO, *Dalle lettere di Plinio junior alla tavola di Veleia*, in «PP» 49 (1994) 321 ss., spec. 324 s.

[193] C. 4. 65. 8: *licet certis annuis quantitatibus fundum conduxeris, si tamen espressum non est in locatione* ... (Imp. Alexander A. Sabiniano Hygino, a. 231); C. 4. 65. 21: *si olei certa ponderatione fructus anni locasti, de contractu bonae fidei habito propter hoc solum, quod alter maiorem obtulit ponderationem, recedi non oportet* (Impp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Antoniae, a. 293).

[194] Paul. 9 *ad Sab.* D. 47. 2. 26. 1: ... *colonum, qui nummis colat* ..., su cui cfr. gl. *qui numis* ad loc. Il collegamento tra il passo e la *colonia partiaria* è tuttora ritenuto valido: cfr. per tutti MAYER-MALY, *Locatio conductio*, cit., 135 nt. 30.

[195] Così, per spiegare l'esempio del *politor* in D. 17. 2. 52. 2 senza contravvenire alla regola della necessaria nummarietà della locazione, PERNICE, *Parerga. I. Zum römischen Gesellschaftsverträge*, cit., 58 ss. (cfr. anche ID., *Amoenitates iuris. II*, in «ZSS» 7 [1886] 98 ss.; FERRINI, *La colonia partiaria*, cit., 10; C. LONGO, *Sulla natura della 'merces' nella 'locatio-conductio'*, in *Mélanges P. F. Girard*, II, Paris 1912, 109 s.; ID., *La locatio-conductio*, cit., 62 s.; KOBLER, *Der Teilbau*, cit., 26; MAYER-MALY, *Locatio-conductio*, 137 nt. 39) asseriva che il *politor* era un tecnico talmente specializzato da poter essere parte di una società con il *dominus*. Ma è chiaro che, se altrove Celso lo considera conduttore, evidentemente il *politor* poteva essere parte di entrambi i rapporti.

[196] Sulla qualificazione giuridica della cd. *colonia partiaria* la dottrina si è divisa per secoli, oscillando fra quanti sostenevano (ma sempre in una prospettiva di diritto vigente) la sua riconducibilità alla società, ai contratti innominati o alla locazione: mi limito a rinviare, per i glossatori, a E. J. H. SCHRAGE, *'Colonia partiaria'. Zum Rechtsbegriff der Teilpacht aus der Sicht der Glossatoren*, in J. A. ANKUM - J. E. SPRUIT - F. B. J WUBBE (edd.), *Satura Roberto Feenstra oblata*, Fribourg 1985, 393 ss.; per la dottrina successiva, a GLÜCK, *Pandecten*, cit., XVII, 335 nt. 96 = *Pandette*, cit., XIX, 113 s. nt. 96 (§ 1049) (e relativo commento di GREGO, *ibid.*, 114 nt. *o*); M. WAASER, *Die colonia partiaria des römischen Rechts* (Diss.), Berlin 1885, 6 ss.; FERRINI, *La colonia partiaria*, cit., 1 ss. L'argomento principe di quanti escludevano la locazione era l'assenza, nel rapporto parziario, di un pagamento *in pecunia numerata*, ritenuto requisito essenziale del contratto. Ma oggi non si dubita più che in diritto romano essa fosse fatta rientrare nello schema locativo: anche la *media sententia* del WAASER, *Die colonia partiaria*, cit., per il quale i romani avrebbero considerato locazione la *colonia partiaria* in cui il pagamento fosse consistito in una *pars quanta* di frutti, e società quella in cui fosse prevista una *pars quota*, non ha avuto seguito (cfr. le critiche del FERRINI, *La colonia partiaria*, cit., 4 ss. e di C. LONGO, *La locatio-conductio*, cit., 59 ss.).

testi che forniscano una definizione 'perimetrale' tra locazione e società[197], e dunque non abbiamo elementi certi per risolvere il problema.

7. (Segue:) B) IL REQUISITO DELLA 'MERCES CERTA' (GAI. 3. 143; D. 19. 5. 22; D. 19. 2. 25 PR.).

Il valore differenziale della *merces* rispetto ai *nova negotia* risulta anche da altri quattro testi di Gaio, distinguibili in due serie, e accomunati dallo scopo di chiarire il principio secondo il quale, in una locazione, la *merces* deve essere *certa* (Gai. 3. 142).

Nella prima serie ci si occupa del problema della riconducibilità a locazione dell'ipotesi in cui le parti si siano accordate affinché la

[197] In tutti i passi sopra richiamati, è da notare, la locazione parziaria viene presentata non come l'eccezione (pagamento in frutti) a una regola (pagamento *in pecunia numerata*), ma come una normale forma di locazione. La distinzione di Gaio tra *colonus* e *colonus partiarius* non è l'opposizione tra una categoria generale ed una particolare, ma tra due categorie del medesimo livello. E lo stesso fa Paolo quando parla del *colonus qui nummis colat*, sottintendendo la possibilità di una diversa (ma non necessariamente eccezionale) forma di pagamento. In realtà, mi sembra esistano elementi che inducono a riprendere in considerazione, pur se con altri argomenti e non integralmente, la tesi del FERRINI, *La colonia partiaria*, cit., 1 ss. (cfr. anche ID., *Manuale di Pandette*[4], cit., 537 s., seguito dal PEROZZI, *Istituzioni*, cit., II[2], 291 e nt. 1 e da G. LONGO, *Questioni esegetiche*, cit., 685 ss.), secondo la quale la regola della *merces in pecunia numerata* sarebbe tarda (secondo il Ferrini, giustinianea). La teoria del Ferrini si fondava essenzialmente sulla considerazione che nei testi di età classica si ammette la locazione parziaria (l'a. cita D. 19. 2. 25. 6; C. 4. 65. 8 e 21; Plin. *epist.* 9. 37), mentre in quelli bizantini (e precisamente in Taleleo e Stefano) si afferma che la *merces* può essere solo *in pecunia numerata*; di qui, l'a. ipotizzava che tali fossero le dottrine della scuola di Berito, passate per opera dei compilatori nel diritto giustinianeo. La critica — sia di metodo che di sostanza — di C. LONGO, *Sulla natura della 'merces' nella 'locatio-conductio'*, cit., 105 ss. (cfr. anche ID., *La locatio-conductio*, cit., 59 ss.; meno persuasive le obiezioni del THOMAS, *The Nature of Merces*, cit., 191 ss., spec. 192 s.) lascia sicuramente poco spazio all'ipotesi di una completa innovazione giustinianea: tanto i commenti di Taleleo quanto quelli di Stefano costituiscono interpretazioni di un testo che, almeno come possibilità ermeneutica, già conteneva la dottrina di una *merces* esclusivamente in denaro. Ma anche prescindendo da più recenti ipotesi circa l'influenza dei diritti orientali sul diritto romano, che avrebbe portato ad un avvicinamento della *colonia partiaria* alla *societas* in età postclassica (S. VON BOLLA, *Pacht*, in «RE» XVIII, Stuttgart 1949, 2480 ss.), non può non notarsi come la teoria maggioritaria che riconduce alla generica categoria di 'classico' la regola della *merces in pecunia numerata*, pecchi di eccessivo schematismo. In particolare, può rilevarsi che nel passo del Digesto che offre allo sch. [ψιλῇ] (1) ad Bas. 20. 1. 1 (SCHELTEMA, B III, 1170) lo spunto per enunciare come regola generale la necessaria nummarietà della locazione, e cioè in Ulp. 30 *ad ed.* D. 16. 3. 1. 9, si nega il ricorrere di una *locatio* in un rapporto di compensazione tra *operae* per l'assenza di *pecunia*, ma non si esclude la locazione per la mancanza di un pagamento in denaro, bensì per la mancanza, in assoluto, di un pagamento.

determinazione della *merces* sia rimessa a un terzo:

> Gai. 3. 143: unde si alieno arbitrio merces permissa sit, velut quanti Titius aestimaverit, quaeritur, an locatio et conductio contrahatur.

> Gai. 10 *ad ed. prov.* D. 19. 2. 25 pr.: si merces [promissa] <permissa> sit [generaliter] alieno arbitrio, locatio et conductio contrahi non videtur: sin autem quanti Titius aestimaverit, sub hac condicione stare locationem, ut, si quidem ipse qui nominatus est mercedem definierit, omnimodo secundum eius aestimationem et mercedem persolvi oporteat et conductionem ad effectum pervenire: sin autem ille vel noluerit vel non potuerit mercedem definire, tunc pro nihilo esse conductionem quasi nulla mercede statuta.

La restituzione qui accolta del secondo frammento gaiano è sostanzialmente pacifica[198].

Il testo, così come tramandato nel Digesto, si pone in chiaro contrasto con il passo delle *institutiones*. In quest'ultimo, la clausola *quanti Titius aestimaverit* è presentata come esplicativa dell'ipotesi in cui la determinazione della *merces* sia rimessa *alieno arbitrio*. Nel frammento dei *libri ad edictum*, invece, le due clausole sono distinte: nell'ipotesi della determinazione della *merces alieno arbitrio*, dove il terzo non è individuato, non si ha locazione; nella clausola *quanti Titius aestimaverit*, in cui invece il terzo è nominato (*Titius*), si ha una locazione condizionata alla effettiva determinazione della *merces* da parte del terzo — nel senso che, se quest'ultimo non vorrà o non potrà compierla, sarà come se la *merces* non fosse mai stata stabilita, e la locazione sarà nulla.

Ma D. 19. 2. 25 pr. riproduce, anche in talune espressioni verbali, il contenuto di una costituzione di Giustiniano del 530 d.C. (C. 4. 38. 15)[199]

---

[198] La pressoché totale origine compilatoria di D. 19. 2. 25 pr. è stata da tempo riconosciuta: cfr. LEVY - RABEL (cur.), *Index interpolationum*, cit., I, 360, cui *adde* LENEL, *Palingenesia*, cit., I, 216 nt. 2; C. LONGO, *La locatio-conductio*, cit., 54; MAYER-MALY, *Locatio conductio*, cit., 84 s.; A. D'ORS, *C. 4, 38, 15 (530), interpolado por el mismo Justiniano*, in «SDHI» 26 (1960) 326; GROSSO, *Obbligazioni*[3], cit., 102 (cfr. 104 e 118); F. GALLO, *Giusto corrispettivo e corrispettivo presunto nella vendita e nella locazione*, in «SDHI» 32 (1966) 249 e nt. 43; K.-H. SCHINDLER, *Justinians Haltung zur Klassik*, Graz 1966, 147 ss.; KASER, *Das römische Privatrecht*, cit., I[2], 490 nt. 23; II[2], 338 nt. 24.

[199] C. 4. 38. 15: *super rebus venumdandis, si quis rem ita comparavit, ut res vendita esset, quanti Titius aestimaverit, magna dubitatio exhorta est multis antiquae prudentiae cultoribus.* 1. *Quam decidentes censemus, cum huiusmodi conventio super venditione procedat 'quanti ille aestimaverit' sub hac condicione stare venditionem, ut, si quidem ipse qui nominatus est pretium definierit, omnimodo secundum eius aestimationem et pretia persolvi*

con la quale l'imperatore, dopo aver ricordato i dubbi dei *cultores antiquae prudentiae*, stabilisce che il contratto di compravendita o locazione cui venga apposta la clausola *quanti ille aestimaverit* debba ritenersi condizionato[200], nel senso che avrà vigore solo quando il terzo effettivamente stabilirà il *pretium* o la *merces*; ed esclude che al riguardo possa ricercarsi se la clausola si riferisse ad una persona certa o all'*arbitrium boni viri*. Al contenuto di questa costituzione — che esamina solo l'ipotesi della clausola *quanti Titius aestimaverit* — i compilatori del Digesto hanno poi evidentemente aggiunto la distinzione tra il caso in cui si rimetta la determinazione genericamente a un terzo, e quello in cui il terzo sia individuato[201].

---

et venditionem ad effectum pervenire, sive in scriptis sive sine scriptis contractus celebretur, scilicet si huiusmodi pactum, cum in scriptis fuerit redactum, secundum nostrae legis definitionem per omnia completum et absolutum sit. 2. *Sin autem ille vel noluerit vel non potuerit pretium definire, tunc pro nihilo esse venditionem quasi nullo pretio statuto: nulla coniectura, illo magis divinatione in posterum servanda, utrum in personam certam an in viri boni arbitrium respicientes contrahentes ad haec pacta venerunt, quia hoc penitus impossibile esse credentes per huiusmodi sanctionem expellimus.* 3. *Quod et in huiusmodi locatione locum habere censemus* (Imp. Iustinianus A. Iuliano pp., a. 530). Cfr. anche Inst. 3. 23. 1: *(...) si ita inter aliquos convenerit, ut, quanti Titius rem aestimaverit, tanti sit empta: inter veteres satis abundeque hoc dubitabatur, sive constat venditio sive non. sed nostra decisio ita hoc constituit, ut, quotiens sic composita sit venditio 'quanti ille aestimaverit', sub hac condicione staret contractus, ut, si quidem ipse qui nominatus est pretium definierit, omnimodo secundum eius aestimationem et pretium persolvatur et res tradatur, ut venditio ad effectum perducatur, emptore quidem ex empto actione, venditore autem ex vendito agente. sin autem ille qui nominatus est vel noluerit vel non potuerit pretium definire, tunc pro nihilo esse venditionem quasi nullo pretio statuto. quod ius cum in venditionis nobis placuit, non est absurdum et in locationibus et conductionibus trahere*; 3. 24. 1: *et quae supra diximus, si alieno arbitrio pretium permissum fuerit, eadem et de locatione et conductione dicta esse intellegamus, si alieno arbitrio merces permissa fuerit (...).*

[200] Circa il rapporto dogmatico tra la *condicio* di C. 4. 38. 15. 1 e di Inst. 3. 23. 1 — e, aggiungeremo, di D. 19. 2. 25 pr. — e il *pactum adiectum* implicito in Gai. 3. 140, cfr. G. G. ARCHI, *Il negozio sotto condizione sospensiva nella compilazione di Giustiniano*, in *Studi E. Betti*, II, Milano 1961 = *Scritti di diritto romano*, III, Milano 1981, 2052 ss.; ID., *Condizione nel negozio giuridico (diritto romano)*, in «ED» VIII, Milano 1961 = *Scritti di diritto romano*, I, Milano 1981, 274.

[201] Secondo il GALLO, *Giusto corrispettivo e corrispettivo presunto nella vendita e nella locazione*, cit., 250 (cfr. anche ID., *La dottrina di Proculo e quella di Paolo in materia di arbitraggio*, in *Studi G. Grosso*, III, Torino 1970, 502 nt. 62 e 529), il riferimento alla locazione nel Codice e nelle Istituzioni sarebbe il risultato di una estensione della previsione legislativa da parte dei compilatori del Digesto, che poi si sarebbe riflessa sui compilatori delle Istituzioni e del secondo Codice. Ma mi sembra che questa ipotesi — pur se autorevolmente espressa — debba essere respinta per almeno due considerazioni. Innanzitutto, perché l'esistenza di discussioni tra *prudentes* anche rispetto alla locazione (cfr. Gai. 3. 143) induce a ritenere che i due ambiti siano sempre marciati parallelamente. In secondo luogo — e soprattutto — perché tanto nel Codice quanto nelle Istituzioni manca la distinzione tra determinazione *alieno arbitrio* e determinazione rimessa a Tizio, che compare solo invece in D. 19. 2. 25 pr. e nel relativo commento dei Basilici (Bas. 20. 1. 25 pr. [SCHELTEMA, A. III, 989] e sch. οἶκον [1] ad loc. [SCHELTEMA, B. III, 1190]), frutto evi-

Tuttavia, il fatto che i compilatori abbiano distinto le due fattispecie della determinazione *alieno arbitrio* e della determinazione rimessa a Tizio, interpretando in senso nuovo la costituzione di Giustiniano, potrebbe essere un indizio per ritenere che essi abbiano voluto parzialmente conservare la soluzione gaiana. Ed è alla luce di questa presumibile volontà che possiamo ricostruire il testo originario come sopra riprodotto[202].

Se nelle *institutiones* Gaio si limita a ricordare la discussione, nel commentario *ad edictum provinciale* egli prende posizione, escludendo che possa ravvisarsi locazione nel rapporto in cui in cui la determinazione della *merces* sia rimessa ad un terzo. Anche qui, il giurista non indica né gli argomenti, né l'identità dei sostenitori della tesi opposta. Ma il quadro generale del dibattito è forse ricostruibile attraverso il confronto con le parallele testimonianze gaiane in tema di compravendita[203].

Gli anonimi *cultores antiquae prudentiae* di cui parla Giustiniano, nelle Istituzioni gaiane ricevono un nome. Rispetto al problema della determinazione del *pretium* da parte di un terzo nella compravendita, sappiamo essersi distinte essenzialmente due posizioni: da un lato Labeone e Cassio, i quali negavano che il negozio avesse alcuna validità; dall'altro Ofilio e Proculo, secondo i quali si trattava comunque di *emptio venditio*[204]. La formulazione del passo, e l'eco della di-

---

dentemente di un ampliamento della previsione legislativa che vietava di ricercare se le parti avessero inteso riferirsi ad una *persona certa* o ad un *arbitrium viri boni* (che però è, evidentemente, un qualcosa di diverso, perché è una valutazione che si inserisce comunque all'interno dell'ipotesi in cui le parti abbiano inserito la clausola *quanti Titius aestimaverit*). A me pare che, qualora davvero il testo della costituzione fosse stato riscritto alla luce della nuova prospettiva dei compilatori, anche questa distinzione vi sarebbe stata inserita; la sua assenza mostra invece, almeno a mio avviso, che nel Codice e nelle Istituzioni è riprodotto il testo genuino della costituzione.

[202] Per questa ricostruzione del testo, cfr. per tutti GROSSO, *Obbligazioni*^{3}, cit., 102; GALLO, *Giusto corrispettivo e corrispettivo presunto nella vendita e nella locazione*, cit., 249.

[203] La legittimità di un raffronto fra questi passi, infatti, non soltanto mi sembra emergere dall'analogia di struttura fra le trattazioni di *emptio venditio* e *locatio conductio* contenute nelle *institutiones* gaiane, ma è in qualche modo suggerita dallo stesso tenore della costituzione di Giustiniano: poiché Gaio (3. 140 e 3. 143) riferisce di discussioni rispetto all'uno e all'altro contratto e Giustiniano fornisce una soluzione unitaria, è logico pensare che anche nella giurisprudenza classica vi fosse una qualche corrispondenza — di argomenti e probabilmente di persone — tra le due problematiche.

[204] Gai. 3. 140: *nam alioquin si ita inter nos convenerit, ut quanti Titius rem aestimaverit, tanti sit empta, Labeo* (fr. 393 LENEL) *negavit ullam vim hoc negotium habere; cuius opinionem Cassius* (fr. 138 LENEL) *probat. Ofilius* (fr. 58 LENEL) *et eam emptionem et venditionem <esse putavit>; cuius opinionem Proculus* (fr. 94 LENEL) *secutus est.*

sputa ancora in età giustinianea, inducono a sospettare che la semplice diversità di vedute tra Labeone e Ofilio sia divenuta vero e proprio oggetto di controversia tra scuole con Cassio e Proculo.

E un tale sospetto è rafforzato dall'esame della posizione di quest'ultimo giurista rispetto al valore — in generale — dell'*arbitrium boni viri*. Per Proculo, esso costituiva «un criterio obiettivo ... che si sostituiva alla libera determinazione e alla valutazione soggettiva dell'arbitratore» e che soccorreva anche se il terzo non vi avesse provveduto[205] — posizione, questa, cui Giustiniano sembrerebbe implicitamente controbattere nella costituzione sopra ricordata. Il fatto che il principio sia stato fissato da Proculo in materia di società[206], ma abbia trovato applicazione anche rispetto alla compravendita, induce a ritenere che la questione dovette porsi in termini sostanzialmente analoghi anche rispetto alla locazione[207].

Verisimilmente, i Proculeiani ammettevano la riconduzione a *locatio conductio* del *negotium* in cui la *merces* fosse rimessa *alieno arbitrio*, mentre i Sabiniani la negavano. Gaio, da parte sua, nelle *institutiones* si limita a riferire il *quaeritur*, mentre nel commentario *ad edictum provinciale* prende posizione, in una direzione coerente con la sua appartenenza alla scuola sabiniana[208].

Passiamo alla seconda serie di passi, nella quale si discute del caso in cui le parti si siano accordate affinché la *merces* venga determinata dalle parti in un momento successivo alla conclusione del contratto.

Gaio, ancora una volta, nelle *institutiones* si limita a ricordare il *quaeritur* sorto intorno alla riconducibilità del negozio a locazione:

---

[205] GROSSO, *Obbligazioni*³, cit., 93 ss., spec. 99 ss. (cfr. anche G. SCADUTO, *Gli arbitratori nel diritto privato*, in «AUPA» 11 [1923] 27 ss.).

[206] Proc. 5 *epist.* D. 17. 2. 76, 78 e 80 (cfr. Paul. 4 *quaest.* D. 17. 2. 79).

[207] I compilatori hanno inserito, tra i brani di Proculo, un passo di Paolo in tema di locazione: Paul. 4 *quaest.* D. 17. 2. 77: *veluti cum lege locationis comprehensum est, ut opus arbitrio locatoris fiat.* Il testo, in realtà, si riferisce ad una ipotesi di regìa, posto che si parla di *opus arbitrio domini fieri* (cfr. *supra*, cap. I § 2.3 *sub* C, e *infra*, § 9.2), ma non è da escludere che, anche per le (due) forme di *arbitrium domini* (su cui cfr. *infra*, § 9.2), parametro di riferimento sia divenuto, ad un certo momento, l'*arbitrium boni viri*: cfr., per un esempio di *opus arbitrio domini adprobare*, Paul 34 *ad ed.* D. 19. 2. 24 pr., e GROSSO, *Obbligazioni*³, cit., 111 ss.

[208] Non mi allontano molto dalla ricostruzione del GROSSO, *Obbligazioni*³, cit., 101 ss.

Gai. 3. 143: qua de causa si fulloni polienda curandave, sarcinatori sarcienda vestimenta dederim nulla statim mercede constituta, postea tantum daturus, quanti inter nos convenerit, quaeritur, an locatio et conductio contrahatur.

Nel commentario *ad edictum provinciale*, invece, fornisce la sua soluzione, prendendo ad esempio il caso dei *vestimenta* dati *polienda sarciendave*. Il rapporto con il *fullo* o il *sarcinator* — egli scrive — può essere qualificato come locazione solo quando la *merces* sia stata *data aut constituta* (quando l'*opera* sia stata prestata gratuitamente, si tratta di mandato)[209]. Qualora invece le parti abbiano stabilito che la *merces* sarà determinata da loro stesse, ma in un secondo tempo, allora si dovrà parlare *quasi de novo negotio*, e occorrerà dare un *iudicium in factum, id est praescriptis verbis*:

Gai. 10 *ad ed. prov.* D. 19. 5. 22: si tibi polienda sarciendave vestimenta dederim, si quidem gratis hanc operam te suscipiente, mandati est obligatio, si vero mercede data aut constituta, locationis conductionisque negotium geritur. quod si neque gratis hanc operam susceperis neque protinus aut data aut constituta sit merces, sed eo animo negotium gestum fuerit, ut postea tantum mercedis nomine daretur, quantum inter nos statutum sit, placet quasi de novo negotio in factum dandum esse iudicium, id est praescriptis verbis.

Anche rispetto a questo secondo problema, sono forse ricostruibili le posizioni e l'identità dei protagonisti del dibattito. Sappiamo infatti — lo ha dimostrato in modo persuasivo il Grosso[210] — che i Proculeiani giungevano addirittura ad ammettere la validità della determinazione del pagamento rimessa ad una sola delle parti, proprio in virtù del valore oggettivo attribuito all'*arbitrium boni viri*. Al contrario, da Gai. 10 *ad ed. prov.* D. 18. 1. 35. 1 parrebbe potersi dedurre che i Sabiniani consideravano *imperfectum* il negozio in cui una parte vende rimettendosi all'altra per la determinazione del prezzo[211]. Ora, se davvero le posizioni delle due *sectae* fossero state

---

[209] Profilo, questo, che sarà trattato *infra*, cap. V § 2.

[210] GROSSO, *Obbligazioni*³, cit., 114 ss., sulla scorta di Pomp. 9 *ad Sab.* D. 17. 2. 6, chiaramente dipendente da Proculo.

[211] Gai. 10 *ad ed. prov.* D. 18. 1. 35. 1: *illud constat imperfectum esse negotium, cum emere volenti sic venditor dicit: 'quanti velis, quanti aequum putaveris, quanti aestimaveris, habebis emptum'.* Sul valore dell'*imperfectum* del passo si è molto discusso. Per alcuni implicherebbe vera e propria invalidità del negozio, per altri semplice inefficacia temporanea

queste rispetto alla determinazione della *merces* da parte di uno solo dei contraenti, a maggior ragione dovremmo ritenere che i Proculeiani ammettessero la possibilità di una determinazione successiva della *merces* ad opera delle parti — anche perché da Gaio sappiamo che al riguardo si discuteva (Gai. 3. 143) e che la soluzione sabiniana (che è legittimo ritenere diversa da quella proculeiana) qualificava il rapporto *quasi* come un *novum negotium*, tutelabile con actio *in factum*[212] (D. 19. 5. 22[213]).

(fino al realizzarsi della determinazione del prezzo). Nel primo senso, cfr. ALBERTARIO, *L'arbitrium boni viri' del debitore nella determinazione della prestazione*, cit., 309; ID., *La nullità dell'obbligazione per indeterminatezza della prestazione*, cit., 320; ID., *L'arbitrium boni viri' nell'onerato di un fedecommesso*, cit., 338, 356 s.; HAYMANN, *Zur Klassizität des periculum emptoris*, cit., 333 e nt. 6; 350 nt. 3; Fr. SCHULZ, in «ZSS» 48 (1928) 693 s.; G. GROSSO, *Le clausole 'si putaveris', 'si aestimaveris', e simili, nei fedecommessi, e la dottrina dell'arbitrium boni viri*, in «SDHI» 1 (1935) 85 s. (cfr. ID., *Obbligazioni*³, cit., 117); F. CASAVOLA, *Emptio pondere numero mensura*, in *Scritti centenario Jovene*, Napoli 1954, 557 ss. (in generale su D. 18. 1. 35); M. KASER, in «ZSS» 77 (1960) 461; ARCHI, *Condizione (diritto romano)*, cit., 250; J. A. C. THOMAS, *Marginalia on certum pretium*, in «TR» 35 (1967) 83 (cfr. nt. 27), 89; W. ERNST, *Periculum emptoris*, in «ZSS» 99 (1982) 236 (e 237 ss., in generale, sull'*emptio perfecta*); cfr. anche A. WACKE, *Selbstkontrahieren im römischen Vertretungsrecht*, in *Iuris professio (Festgabe M. Kaser)*, Wien - Köln - Graz 1986, 308; ID., *Faktische Arbeitsverhältnisse im römischen Recht?*, cit., 131. Nel secondo, SECKEL - LEVY, *Gefahrtragung*, cit., 152 nt. 5 (e, in generale, 150 ss.); DAUBE, *Certainty of Price*, cit., 21.

[212] Sulle ipotesi di interpolazione di *quasi de novo negotio* mi limito a rinviare a LEVY - RABEL (cur.), *Index interpolationum*, cit., I, 379, cui *adde* MAYER-MALY, *Locatio conductio*, cit., 86 s., 132; F. GALLO, *Synallagma e conventio nel contratto*, II, Torino 1995, 220 ss.; a favore della genuinità cfr. G. MACCORMACK, *Contractual Theory and the Innominate Contracts*, in «SDHI» 51 (1985) 143, e KRANJC, *Die actio praescriptis verbis als Formelaufbauproblem*, cit., 454 e 459 nt. 63. Il problema, mi pare, ai nostri fini non rileva eccessivamente, perché anche quanti pensano ad un'interpolazione non negano la tutela *in factum*. Ancor meno ha ai nostri fini importanza l'eventuale interpolazione di *id est praescriptis verbis*, che appare senz'altro più probabile.

[213] In questo, come negli altri passi, il diverso atteggiamento del giurista — dubitativo nelle *institutiones* (*quaeritur*); risoluto nel commento all'editto (*placet*) — deve essere a mio avviso imputato alla diversa ispirazione delle due opere: nella prima, a carattere didattico, egli si limita a riportare lo 'stato della dottrina'; nella seconda, più 'personale', egli propone la propria visione (cfr. in questo senso anche MAYER-MALY, *Locatio conductio*, cit., 87). Non mi sembra pertanto necessario ipotizzare con C. LONGO, *La locatio-conductio*, cit., 57, e il GALLO, *Synallagma e conventio*, cit., II, 220 nt. 40 e 222 ss., un intervento compilatorio nella porzione di testo che va da *placet* fino a *verbis*. È vero che ciò sarebbe speculare con quanto avvenuto in D. 19. 2. 25 pr., ma qui mancano i motivi di contrasto che lì esistevano tra la visione di Gaio e quella dei giustinianei. Oltretutto, da un punto di vista letterale, il testo delle Istituzioni di Giustiniano corrispondente è sensibilmente diverso dal brano del Digesto, almeno nella parte in cui esclude il ricorrere di una locazione: Inst. 3. 24. 1: *(...) non proprie locatio et conductio contrahi intellegitur, sed eo nomine praescriptis verbis actio datur.*

In conclusione, vi sono elementi per ritenere che protagonisti della discussione fossero Proculeiani e Sabiniani. E che la dialettica tra le due *sectae* si ponesse nei seguenti termini.

a) I Proculeiani, traendo spunto dalla posizione di Ofilio e fondandosi sul principio dell'*arbitrium boni viri* di Proculo, ritenevano che il pagamento fosse determinabile anche successivamente alla conclusione del negozio: a_1) da un terzo; a_2) da entrambe le parti; a_3) da una sola delle parti. E dunque ammettevano che in simili ipotesi si potesse agire con le azioni contrattuali.

b) I Sabiniani, invece, consideravano: b_1) mancante di ogni *vis* il negozio nel quale il pagamento fosse determinato da un terzo; b_2) tutelabile con *actio in factum* il negozio in cui le parti avessero successivamente stabilito il pagamento; b_3) *imperfectum* il negozio in cui la determinazione del pagamento fosse rimessa all'altra parte[214], forse nel senso che anche in questo caso seguiva una tutela *in factum*[215].

8. (Segue:) CONCLUSIONI.

Le discussioni tra Sabiniani e Proculeiani rispetto alla distinzione tra locazione e *nova negotia* consentono di individuare un altro criterio utile alla definizione 'perimetrale' della *locatio conductio*, ossia — dopo il non-trasferimento del *dominium* e l'*opera* — l'elemento della *merces*.

---

[214] È vero che questi risultati contrastano con la tendenziale apertura dei Proculeiani ai *nova negotia* e con l'opposta tendenza dei Sabiniani. Una contraddizione sarebbe ipotizzabile, ad esempio, qualora si pensasse con il BURDESE, *Sul riconoscimento civile dei cd. contratti innominati*, cit., 40; ID., *Osservazioni in tema di cd. contratti innominati*, cit., 146, che in Gai. 10 *ad ed. prov.* D. 19. 5. 22 «è plausibile ci si trovi ancora di fronte a una applicazione della estensione labeoniana della tutela dei contratti tipici consensuali». Ma innanzitutto mi sembra che sia opportuno non schematizzare eccessivamente il contrasto (tutto muta se ci si pone, per esempio, nella prospettiva del MACCORMACK, *Contractual Theory and the Innominate Contracts*, cit., 143, che vede un'opposizione tra la posizione di Gaio in D. 19. 5. 22 e la visione di Labeone, o del SANTORO, *Il contratto nel pensiero di Labeone*, cit., 251 s. nt. 221). E, in secondo luogo, occorre tener conto del fatto che, probabilmente, la contrapposizione tra le *sectae* era in questo caso su un altro piano, riguardando il problema dell'*arbitrium boni viri*. Non è forse casuale che, prima del principio di Proculo, anche giuristi aperti ai *nova negotia* come Labeone fossero sul punto in una posizione di chiusura; e che la prospettiva labeoniana sia stata abbandonata da Proculo e assunta da Cassio (e dai Sabiniani in genere).

[215] Cfr. *supra*, nt. 212.

Al riguardo, la posizione dei Proculeiani è abbastanza rigida. La necessità di distinguere le parti del rapporto è per essi fondamentale, e questo punto di partenza li induce a ricondurre alla categoria dei *nova negotia* tutte le prestazioni di godimento cui non corrisponda il pagamento di una mercede. Va rilevato che non abbiamo elementi per affermare che per essi la *merces* dovesse essere necessariamente in denaro; in fondo, ai loro scopi — la riconoscibilità delle parti del rapporto — doveva essere sufficiente, affinché il negozio fosse riconducibile alla locazione, che il rapporto fosse configurato come scambio di *res utendae fruendae* contro *res*.

I Sabiniani disegnano confini più ampi. Non sappiamo quali fossero le soluzioni che essi fornivano al problema della riconoscibilità delle parti del contratto. Tenendo conto del fatto che nel passo di Africano si ritiene di concedere l'*actio locati* per la porzione di terreno di cui si è proprietari, e l'*actio conducti* per la porzione di cui si ha il godimento, potremmo pensare che, per loro, il problema fosse superabile attribuendo entrambe le azioni a ciascuno dei contraenti.

Ma, al di là di questa ipotesi — in cui l'*uti frui* era comunque parificato alla *merces* (*mercedis nomine*[216]) —, i Sabiniani erano assai più severi dei Proculeiani rispetto alle caratteristiche della *merces*. Questi ultimi, infatti, ammettevano che si parlasse di locazione anche allorché il pagamento fosse stato determinato (da un terzo, dalle parti, da una sola delle parti) in un momento successivo alla conclusione del negozio. I primi, invece, pretendevano che la *merces* fosse stabilita al momento dell'accordo, e riferivano ai *nova negotia* le fattispecie in cui vi avessero provveduto le parti (o, ma non è certo, una sola di esse), negando ogni *vis* al negozio in cui il pagamento fosse determinato da un terzo.

9. UNA DEFINIZIONE PERIMETRALE «INTERNA» IN GIAVOLENO: APPALTO, REGÌA E 'LOCATIO OPERARUM' (D. 19. 2. 51. 1).

9.1. *Il testo e le interpretazioni della dottrina.*

Ci siamo sinora occupati della definizione 'perimetrale' — per così dire — 'esterna' della *locatio conductio*, di quei criteri, cioè, che

[216] Cfr. D. 19. 2. 35. 1, su cui *supra*, § 6.

distinguono la locazione da altre figure negoziali. Ma, a ben vedere, nel periodo che stiamo esaminando vi sono testimonianze anche di quella che potremmo denominare la definizione 'perimetrale interna' della locazione, ossia passi nei quali sembrerebbe porsi il problema di distinguere tra diversi assetti locativi. Qualcosa di simile abbiamo visto già in Labeone, il quale però sembra concentrarsi più sull'individuazione delle caratteristiche di ciascun assetto di interessi che sulla distinzione dell'uno dall'altro, affrontata solo indirettamente. Al contrario, un passo di Giavoleno[217] fornisce una vera e propria definizione 'perimetrale' tra gli assetti di interessi realizzabili all''interno' della locazione di un *opus*:

> Iav. 11 *epist.* D. 19. 2. 51. 1: locavi opus faciendum ita, ut pro opere redemptori certam mercedem in dies singulos darem: opus vitiosum factum est: an ex locato agere possim? respondit: si ita opus locasti, ut bonitas eius tibi a conductore adprobaretur, tametsi convenit, ut in singulas operas certa pecunia daretur, praestari tamen tibi a conductore debet, si id opus vitiosum factum est: non enim quicquam interest, utrum uno pretio opus an in singulas operas collocatur, si modo universitas consummationis ad conductorem pertinuit. poterit itaque ex locato cum eo agi, qui vitiosum opus fecerit. nisi si ideo in operas singulas merces constituta erit, ut arbitrio domini opus efficeretur: tum enim nihil conductor praestare domino de bonitate operis videtur.

Viene proposta al giurista una *quaestio* concernente la locazione di un *opus faciendum*. Per la realizzazione dell'*opus* (*pro opere*) è previsto un pagamento a giornate. Al termine dei lavori, essendo l'*opus* risultato *vitiosum*, l'interrogante chiede se può agire *ex locato*.

A ben vedere, il fatto stesso che si ponga un quesito del genere mostra che la fattispecie di una *locatio operis faciendi* in cui la *merces* fosse pagata a giornate era giudicata singolare[218]. Nel suo responso, però, il giurista sposta significativamente i termini del problema. L'eventuale responsabilità del conduttore non deve essere valutata, afferma Giavoleno, rispetto alle modalità del pagamento — per l'opera complessiva (*uno pretio*) o per le singole giornate di lavoro (*in singulas operas*) —, bensì rispetto all'accordo posto in essere dalle parti circa la *perfectio* dell'*opus*:

[217] Tratto dallo stesso libro in cui il giurista ammonisce circa la pericolosità delle definizioni (11 *epist.* D. 50. 17. 202).

[218] Cfr. in questo senso anche PIETSCH, *Die Abnahme im Werkvertragsrecht*, cit., 34.

a) se l'*universitas consummationis* spetta al conduttore — nel senso che egli garantisce per la *bonitas operis* —, qualora l'*opus* risulti *vitiosum* al momento della *probatio*, e a prescindere dalle modalità di pagamento, egli è tenuto *ex locato*;

b) se invece l'*opus* doveva essere portato a termine (*efficeretur*) *arbitrio domini*, il conduttore non garantisce nulla circa la *bonitas operis* e dunque non è tenuto *ex locato*[219].

Per spiegare il rapporto tra le due fattispecie poste a confronto nel responso, la dottrina ha proposto le più varie ipotesi interpretative.

Alcuni autori hanno tentato di ricondurre entrambe allo schema classico della *locatio* cd. *operis* (come obbligazione di risultato che prevede la responsabilità del conduttore per il mancato raggiungimento del risultato stesso). Per far ciò, essi hanno assimilato — quando non identificato — le *singulae operae* del passo con le porzioni materiali di *opus*, leggendo cioè *in singulas operas* come se fosse *in pedes mensurasve*[220]. Senonché, se è vero che un simile assetto di interessi non è in astratto impossibile — lo abbiamo incontrato in un passo di Alfeno (D. 19. 2. 30. 3)[221] e lo si ritrova, posto in chiara opposizione con la locazione dell'*opus* nella sua interezza (*aversione*), in un frammento di Fiorentino (7 *inst.* D. 19. 2. 36) — occorre riconoscere che l'interpretazione è chiaramente arbitraria, in quanto contraddice la formulazione del testo. Basta una semplice lettura del passo per rendersi conto del fatto che le espressioni *in singulas operas* e *in singulos*

[219] Il fatto che nella fattispecie *sub b*) non si ripeta che la forma di pagamento (*uno pretio* o *in singulas operas*) non ha rilevo, e che si menzioni solo la possibilità di pagare *in singulas operas*, è dovuto, da un lato, all'inutilità della ripetizione (l'irrilevanza della distinzione anche in *b*] discende logicamente da quanto detto *sub a*]), dall'altro, alla formulazione della *quaestio*, nel senso che Giavoleno riprende le caratteristiche della fattispecie originale e le ripete.

[220] Cfr. KASER, *Das römische Privatrecht*, cit., I^2, 571 nt. 89 (cfr. ID., *Periculum locatoris*, cit., 187 s. e nt. 133); ALZON, *Location des entrepôts*, cit., 230 nt. 1071 (ma cfr. *ibid.*, 237 s. e nt. 1102, in cui l'a. avvicina D. 19. 2. 51. 1 ad una *locatio operarum*; tuttavia, poiché egli compie la stessa operazione per l'ipotesi in D. 19. 2. 30. 3, sembra che l'a. non abbia comunque operato una corretta distinzione tra le fattispecie); ID., *Les risques*, cit., 328 s. nt. 60. Tende a sovrapporre i due profili anche l'AMIRANTE, *Ricerche*, cit., 89.

[221] Cfr. *supra*, cap. II § 4.

dies sono usate in modo del tutto sinonimico — e ciò d'altra parte si accorda con il valore generale di *opera* come 'giornata di lavoro'[222].

Altri studiosi hanno esattamente riconosciuto nelle *operae* le giornate di lavoro. E tuttavia, poggiandosi soprattutto sul dato terminologico, hanno sostenuto che, trattandosi nelle due fattispecie della locazione di un *opus*, in entrambe fosse rintracciabile lo schema 'classico' della cd. *locatio operis* come obbligazione di risultato[223]. Cosicché, chi fra questi autori ha approfondito il problema ha dovuto pensare ad una interpolazione della seconda parte del frammento, per l'impossibilità di qualificare esattamente la fattispecie. Da un lato, è stato affermato, non può pensarsi ad una *locatio operis* concepita nelle forme dell'appalto o del cottimo autonomo (inteso come pagamento *in pedes mensurasve*), in quanto il primo è descritto *sub a*) ed esplicitamente contrapposto a *b*), e il secondo costringerebbe ad impiegare due unità di calcolo distinte, una per il risultato (*pedes*) e l'altra per le mercedi (*dies*). Dall'altro, non può trattarsi di *locatio operarum* perché, in tal caso, il *dominus* «non sarebbe più *locator*, bensì *conductor operarum*, e l'operaio, invece, *locator*»[224].

Infine, vi è stato chi ha notato — pur ritenendo che la qualificazione dogmatica attribuita da Giavoleno ad entrambe le fattispecie fosse quella di una *locatio* cd. *operis* — che il secondo assetto di interessi si avvicina piuttosto allo schema di una *locatio* cd. *operarum*[225].

---

[222] Cfr. per tutti Paul. *de var. lect.* D. 38. 1. 1 e WALDSTEIN, *Operae libertorum*, cit., 265 ss.

[223] Cfr. DE ROBERTIS, *I rapporti di lavoro*, cit., 175; MAYER-MALY, *Locatio conductio*, cit., 41; PINNA PARPAGLIA, *Vitia ex ipsa re*, cit., 97 ss.; RAINER, *Bauvertrag*, cit., 508 e 514. Peculiare è la lettura del THOMAS, *Reflections on Building Contracts*, cit., 678 s., 686, il quale ritiene che in un accordo per un pagamento *in singulos dies* sia stata più tardi convenuta una *probatio* complessiva.

[224] Cfr. CANNATA, *Per lo studio della responsabilità per colpa*, cit., 212 nt. 2: un rapporto con mercede *in singulas operas* potrebbe essere «o appalto (*opus aversione locatum*, come nella parte genuina del testo) ovvero *locatio operarum*, essendo troppo artificioso costruirlo come *locatio operis* diversa dall'appalto: si tratterebbe infatti allora di cottimo (*in pedes mensurasve*), il che renderebbe necessario l'impiego di due unità distinte, per il risultato (*pedes*) e per le mercedi (*dies*)». Cfr. *ibid.*, 212: «sarei propenso a considerare spuria la parte del testo che segue, soprattutto poiché essa si incentra sulla formulazione di un caso opposto — oltre che inutile — inesatta: in una *locatio* — come quella ivi prevista — con mercede stabilita *in singulas operas*, ed in cui la direzione tecnica spettasse al *dominus*, questi non sarebbe più *locator*, bensì *conductor operarum*, e l'operaio, invece, *locator*».

[225] Cfr. I. MOLNÁR, *Gefahrtragung beim römischen Dienst- und Werkvertrag*, in «Labeo» 21 (1975) 38, il quale pensa ad un rapporto «einem Dienstvertrag ähnlich» (cfr. anche ID., *Verantwortung und Gefahrtragung*, cit., 655, e ID., *Rechte und Pflichten*, cit., 178, dove tuttavia non si pone il problema della qualificazione giuridica del rapporto); D. NÖRR,

Simili perplessità non sono immotivate. È difficile ravvisare nel passo una semplice opposizione tra *locatio* cd. *operis* (*sub a*) e *locatio* cd. *operarum* (*sub b*): nella fattispecie descritta in *a*) si parla della *locatio* di un *opus* in cui il conduttore è obbligato per il risultato ma viene pagato per le singole giornate lavorative (*operae*); nella fattispecie descritta in *b*), in un contesto nel quale sembrerebbe discutersi della *locatio* di *operae*, si torna a parlare di *locatio operis* nella frase *ut arbitrio domini opus efficeretur*[226]. Tentiamo di chiarire meglio le caratteristiche di ciascun assetto di interessi.

9.2. *L'identificazione degli assetti di interessi.*

Partiamo dall'esame della fattispecie *sub b*).

In essa, le parti si sono accordate affinché la realizzazione dell'*opus* avvenga *arbitrio domini*.

Già agli inizi del secolo, il Samter aveva rilevato che questa espressione ha, nelle fonti romane relative alla *locatio conductio*, un duplice significato[227]. Talora essa si lega alla *probatio*, nel senso che il

---

Zur sozialen und rechtlichen Bewertung der freien Arbeit in Rom, «ZSS» 82 (1965) 101: «ein einem Dienstvertrag ähnlicher Werkvertrag»; TALAMANCA, in «BIDR» 90 (1987), cit., 640: «un assetto d'interessi che sembrerebbe più facilmente rientrare nella *locatio operarum* è configurato, in realtà, come *locatio operis*» (cfr. anche ID., in «BIDR» 94-95 [1991-1992] 640); C. MÖLLER, *Freiheit und Schutz im Arbeitsrecht. Das Fortwirken des römischen Rechts in der Rechtsprechung des Reichsgerichts*, Göttingen 1990, 35 ss., spec. 39, per la quale, però, il passo sarebbe indice di una indifferenziazione dogmatica tra *locatio operarum* e *locatio operis* (cfr., al riguardo, *infra*, nt. 236 e cap. VI nt. 20). Mi sembra impossibile sostenere con la MARTIN, *A Reconsideration of probatio operis*, cit., 330 ss.; EAD., *The Roman Jurists and the Organization of Private Building*, cit., 107 nt. 16, che il costruttore abbia cercato di trasformare una *locatio operis faciendi* in una *locatio operarum* allo scopo di diminuire «his responsibility for the overall product»; nulla, nel passo, induce a ipotizzare un simile tentativo: la *quaestio* è posta dal *locator*, ed egli stesso parla di un pagamento della *merces in dies singulos*.

[226] Tant'è che C. LONGO, *La locatio-conductio*, cit., 137 ss. e 239 s., la riteneva interpolata.

[227] R. SAMTER, *Probatio operis*, in «ZSS» 26 (1905) 137 (è errata l'affermazione dell'AMIRANTE, *Ricerche*, 83 s., secondo il quale per il Samter l'*arbitratus domini* si deve intendere come potere di stabilire il momento della *probatio* «da quale non cessa, per questo, di essere un atto dell'imprenditore»). Cfr. anche CANNATA, *Per lo studio della responsabilità per colpa*, cit., 196 nt. 1, il quale ha individuato nelle fonti un terzo impiego (parzialmente rilevato anche dal Samter: cfr. 137 nt. 1) dell'espressione, estraneo alla *locatio conductio*, nel senso di «*arbitratus* sempre connesso con un *dies* espresso, che compare nella *stipulatio*, e che si riferisce al giudizio sul compimento tempestivo dell'opera». Le due prospettive sono poste l'una contro l'altra dal PIETSCH, *Die Abnahme im Werkvertragsrecht*, cit., 37 s., ma mi sembrano conciliabili (per quest'ultimo a., *op. cit.*, 38 ss., la distin-

collaudo viene realizzato dal locatore nel tempo, successivo al compimento dell'opera, che egli preferisca: l'espressione sarebbe giustificata sia dal valore ambiguo del lat. *(ad)probare* — 'approvare', come attività del locatore, ma anche 'dimostrare', come attività del conduttore[228] — sia dalla circostanza che si riteneva preferibile effettuare un collaudo in un momento non troppo vicino alla realizzazione dell'*opus*, al fine di valutarne meglio gli eventuali difetti[229]. Altre volte, quando si accompagna ai verbi *fieri*, *efficere*, l'espressione *arbitratus (arbitrium) domini* indica che le parti si sono accordate affinché spetti al *dominus* la direzione dei lavori: è l'assetto di interessi che abbiamo già incontrato nell'analisi dei formulari catoniani[230], precisamente nelle clausole in cui si prevede che l'attività di *oleam cogere / facere* sia compiuta secondo l'*arbitratus* del *dominus* o dei soggetti da questo indicati[231].

Ora, questa seconda ipotesi — come avevamo rilevato a suo tempo — coincide con quella forma di esecuzione dei lavori che oggi si suole denominare r e g i a[232]: l'artefice fornisce i materiali e la ma-

---

zione sarebbe tra *probationes* rimesse esplicitamente al locatore o a un terzo, e *probationes* che, in mancanza di una tale clausola, consistono solo nella dimostrazione del conduttore; ma mi pare che non vi siano indizi per questa ricostruzione).

[228] Cfr. SAMTER, *Probatio operis*, cit., 131: 'beweisen' e 'billigen'.

[229] Su ciò, cfr. per tutti CANNATA, *Per lo studio della responsabilità per colpa*, cit., 205.

[230] Cfr. *supra*, cap. I § 2.3 *sub* C.

[231] Cat. *agr.* 144. 1 (2.); 145. 1 (2.); cfr. 144. 2 (5.).

[232] Così anche SAMTER, *Probatio operis*, cit., 136 s., che distingue tra 'Entreprise' e 'Régie'. Peraltro, a questa interpretazione sembra aderire anche lo ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, cit., 405, poiché l'a. descrive la fattispecie come una *locatio operis* in cui «the progress of the work was determined by the orders and instructions of the *locator*». Tuttavia, la proposta del Samter — pur essendo la più rispettosa del dettato del passo — deve essere ridimensionata. L'a. tedesco, infatti, poneva sullo stesso piano, all'interno della 'regia', tanto la fattispecie contenuta *sub b)* in D. 19. 2. 51. 1 (pagamento *in singulas operas*), quanto la fattispecie contenuta in D. 19. 2. 36 (pagamento *in pedes mensurasve*): «ob bei der ersteren Art die Entlohnung nach Zeitabschnitten oder ... nach Maßen erfolgt, ist einerlei» (SAMTER, *op. ult. cit.*, 136). Ma si tratta evidentemente di figure differenti. In D. 19. 2. 36, il conduttore è responsabile per le singole porzioni di *opus* fino all'*admetiri* (sul problema del rapporto tra la prima e la seconda parte del brano — nel quale prima si attribuisce il *periculum* al conduttore [fino alla *probatio* o all'*admetiri*], poi al locatore [casi di *vis maior*] —, piuttosto che pensare ad un'interpolazione è possibile ritenere, con il MIQUEL, *Periculum locatoris*, cit., 183 ss., che il termine *periculum* non sia da intendere in entrambi i casi come 'rischio', ma sottintenda un *periculum conductoris* in termini di 'responsabilità', e un *periculum locatoris* in termini di 'rischio'; sulla questione, cfr. anche DE ROBERTIS, *I rapporti di lavoro*, cit., 160 s., 169, 172, 174; MAYER-MALY, *Locatio conductio*, cit., 40 ss.; KASER, *Periculum locatoris*, cit., 192; BETTI, *Istituzioni*, II. 1, 424 s.; ID.,

nodopera, ma non è responsabile per il compimento dell'opera, né per i suoi difetti, in quanto la direzione dei lavori spetta al committente. È, come si vede, esattamente l'ipotesi *sub b*) di D. 19. 2. 51. 1, nella quale la direzione dei lavori spetta al *dominus* (*ut arbitrio domini opus efficeretur*) e il conduttore non è tenuto a garantire la bontà dell'opera (*nihil conductor praestare domino de bonitate operis videtur*). Non solo, ma se si presta attenzione all'elaborazione di questo passo fornita dalla dottrina intermedia, si scopre che la moderna figura della regìa è stata costruita proprio sulla fattispecie di D. 19. 2. 51. 1[233].

A questo punto, però, dallo stesso confronto con la fattispecie *sub b*), risulta chiaramente che il negozio *sub a*) deve essere ricondotto ad una forma di *locatio operis* vicina alla moderna figura dell'a p p a l t o. Infatti, l'unico criterio davvero rilevante per poter parlare di una responsabilità del *conductor* per l'*opus vitiosum* è ravvisato da Giavoleno nell'essere l'*universitas consummationis* posta a carico del conduttore, che pertanto deve garantire la *bonitas operis*. Per la soluzione della *quaestio*, afferma il giurista, le modalità di pagamento non hanno alcun rilievo[234].

Gefahrtragung, cit., 13; ALZON, *Les risques dans la 'locatio-conductio'*, cit., 326 ss.; ID., *Location des entrepôts*, cit., 230 nt. 1071; 237 nt. 1102; 15; RÖHLE, *Gefahrtragung*, cit., 209 ss.; CANNATA, *Per lo studio della responsabilità per colpa*, cit., 212 ss.; THOMAS, *Reflections on Building Contracts*, 685 s.; MOLNÁR, *Gefahrtragung*, cit., 37 s.; MARTIN, *A Reconsideration of probatio operis*, cit., 327 ss. [su cui, tuttavia, cfr. TALAMANCA, in «BIDR» 94-95 (1991-1992), cit., 639 s.]; ERNST, *Periculum conductoris*, cit., 69 ss.; RAINER, *Bauvertrag*, cit., 514). In D. 19. 2. 51. 1 *sub b*), invece, egli non è responsabile affatto. In realtà, la fattispecie di D. 19. 2. 36 è un vero e proprio appalto, nel senso che il conduttore è obbligato al risultato; ma corrisponde a quello che oggi chiamiamo appalto con verifica e pagamento di singole partite (art. 1666 c.c.; cfr. anche CANNATA, *op. ult. cit.*, 210, che distingue tra appalto e cottimo [art. 1627 c.c. it. 1865; art. 1779 c.c. fr.]: l'obbligazione del *conductor* «nell'un caso ha per oggetto il risultato complessivo, nell'altro le singole unità di risultato corrispondenti all'unità di misura adottata»).

[233] Cfr. DOMAT, *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, I. 4. 8. 7, ed. cit., I, 102: «quoique l'ouvrier doive répondre des défauts de l'ouvrage, si néanmoins le maître l'a luimême conduit et réglé, il ne pourra s'en plaindre», con riferimento a D. 19. 2. 51. 1 in nt. *h* (ma cfr. anche MOLITOR, *Les obligations en droit romain*, cit., II, 248 e nt. 2 [§ 614]).

[234] In un contratto di 'appalto', il pagamento *in singulas operas* potrebbe anche essere giustificato — come proponeva l'AMIRANTE, *Ricerche*, cit., 88 — dalla volontà di evitare un pagamento complessivo, senza però liberare l'artefice dalla responsabilità sulle singole porzioni.

9.3. *La consapevolezza, da parte di Giavoleno, della distinzione tra i vari assetti di interessi.*

Ai fini della nostra ricerca, invece, il profilo delle modalità di pagamento assume importanza almeno sotto due profili.

In primo luogo, è interessante il rapporto tra *quaestio* e responso. I dubbi dell'interrogante nascono evidentemente dal fatto che non doveva essere del tutto normale la locazione di un *opus* in cui la *merces* viene computata sulle giornate lavorative: anche nei formulari catoniani, dove pure troviamo altri esempi di regìa, la *merces* è calcolata sull'*olea* raccolta o spremuta, ossia sul risultato (cd. regìa cointeressata)[235]. Il contratto in cui il lavoratore è retribuito a giornata, e non sulla base del risultato, sembrerebbe corrispondere piuttosto ad una locazione di *operae*. Le perplessità del richiedente, in altre parole, parrebbero riguardare l'alternativa tra due assetti di interessi che, utilizzando la terminologia usuale, potremmo denominare *locatio operis* e *locatio operarum*: in un negozio in cui il pagamento è a giornata, il conduttore è responsabile per il risultato?

Appare chiaro, a questo punto, che nella risposta del giurista è contenuto il riferimento implicito ad u n t e r z o a s s e t t o d i i n t e r e s s i, che è presupposto nella *quaestio* e che costituisce per Giavoleno il parametro esterno del responso. Il fatto che il pagamento sia riferito alle *operae*, scrive il giurista, non rileva: l'interrogante sbaglia a impostare la questione in termini di alternativa tra locazione di *opus* e locazione di *operae*. Il problema è un altro. Posto che si tratta in ogni caso di locazione di *opus faciendum*, nel senso che nell'accordo è prevista la realizzazione di un alcunché, occorre interrogarsi unicamente sui limiti della responsabilità del conduttore. Occorre, cioè, chiedersi se la *perfectio* dell'*opus* fosse stata posta o meno a carico del *redemptor*: se questi garantisce per la *bonitas operis* ('appalto'), potrà agirsi *ex locato* anche se il pagamento era previsto *in singulas operas*; se invece l'*opus* doveva essere realizzato *arbitrio domini*, nel senso che il conduttore non garantiva nulla circa la *bonitas operis* ('regìa'), quest'ultimo non sarà tenuto *ex locato*.

Giavoleno, insomma, disegna una sorta di definizione perimetrale 'interna' alla *locatio conductio* rispetto a tre assetti di interessi: *locatio* cd. *operarum*, appalto e regìa. Egli, si badi, è perfettamente

---

[235] Cfr. *supra*, cap. I § 2.3 *sub* C.*a*.

consapevole della differenza tra queste figure: anzi, l'intero responso è costruito su questa distinzione[236].

9.4. *Il valore dell'*opera *all'interno di una* locatio operis faciendi.

Ma la logica della 'definizione' di Giavoleno fa emergere anche un altro profilo di riflessione.

Il fatto che si affermi che, ai fini della determinazione della responsabilità del conduttore, non rileva la modalità di pagamento, e che pertanto è concepibile non solo una regìa, ma addirittura un appalto in cui la *merces* sia prevista a giornata, induce a ripensare le testimonianze delle fonti in cui leggiamo che, all'interno della locazione di un *opus*, la *merces* è pagata *pro opera*.

Abbiamo incontrato questa espressione anche in passi di altri giuristi, come Pomponio[237] e Gaio[238], ma per comprenderne il valore è necessario confrontarla con quanto risulta dal testo di Paolo che abbiamo studiato rispetto al problema della distinzione tra locazione e compravendita[239]. Paolo affermava che quando si dà *aliquid faciendum*[240], come ad esempio nella committenza di un'*insula aedificanda*, si ha locazione anche allorché tutti i materiali siano stati forniti dal locatore: anche in questo caso, infatti, l'elemento che qualifica il negozio come locazione è il fatto che l'*artifex* si obbliga a prestare la propria *opera*. Adesso Giavoleno — pur aderendo alla prospettiva sabiniana rispetto alla definizione 'perimetrale' tra locazione e compra-

---

[236] In questo senso, non mi sembra giustificata l'affermazione della MÖLLER, *Freiheit und Schutz im Arbeitsrecht*, cit., 39, secondo la quale Giavoleno non distinguerebbe tra *locatio operis* e *locatio operarum* in quanto seguirebbe la dottrina sabiniana che non differenziava il 'Werkvertrag' dall''Arbeitsvertrag': l'a. segue l'impostazione di O. BEHRENDS, in «ZSS» 96 (1979) 354 e nt. 7; ID., *Die Rechtsformen des römischen Handwerks*, cit., 197 ss. e nt. 286, ma forse è necessario rilevare con il TALAMANCA, in «BIDR» 94-95 (1991-1992), cit., 640, che tutto ciò è comunque difficilmente ipotizzabile per la fine del I sec. d.C. Va però rilevato che, alla base delle affermazioni del Behrends e della Möller, è evidentemente sottesa una esatta percezione del valore dell'*opera* in entrambi i contesti (*locatio operarum* e *operis*) su cui cfr. *infra*, in testo. Cfr. anche *infra*, cap. VI nt. 20.

[237] D. 34. 2. 34 pr., su cui cfr. *supra*, cap. I § 4.3.

[238] Gai. 3. 147, su cui cfr. *supra*, § 3.1; cfr. anche Gai. 2 *rer. cott.* D. 19. 2. 2. 1, e Gai. 5 *ad ed. prov.* D. 4. 9. 5 pr., nel quale si dice che il *fullo* e il *sarcinator* ricevono la *merces pro arte*.

[239] D. 19. 2. 22. 2, su cui cfr. *supra*, § 4.

[240] Cfr. D. 19. 2. 22. 1.

vendita[241] — sostiene che si può avere locazione di un *opus* nelle forme dell'appalto anche qualora la *merces* sia computata sulle *operae*.

A me sembra che da tutti questi passi emerga in modo netto un dato apparentemente banale, ma che può avere notevoli conseguenze rispetto alla ricostruzione della concezione romana della *locatio conductio*. Alludo al fatto che per i giuristi romani, evidentemente, la locazione di un *opus* non è altro che la locazione delle *operae* dell'artefice finalizzata ad un risultato. Il raggiungimento di questo risultato potrà essere posto o meno a carico del conduttore (appalto o regia), ma nell'uno e nell'altro caso la *merces* si riferisce all'attività dell'artefice[242]. Il fatto che il pagamento sia calcolato *uno pretio*, o sulle singole giornate di lavoro, oppure (come in D. 19. 2. 30. 3 o in D. 19. 2. 36) sulle singole porzioni di *opus*, non incide minimamente sul rapporto *merces-opera*, che è sempre presente. E, per altro verso, il fatto che si tratti della *locatio* di un *opus faciendum* non impedisce minimamente che la retribuzione sia relativa all'attività prestata dall'artefice, ossia alle *operae*.

Insomma, tutte queste fonti testimoniano che la *merces*, in realtà, non si riferisce alla *res* finale in sé e per sé considerata, ma sempre all'attività che è stata posta in essere per realizzarla; attività che, parcellizzata nelle sue unità minime (le singole giornate lavorative) coincide con le *operae*, ma che unitariamente considerata può essere denominata essa stessa *opus*[243].

Oltretutto, è importante sottolineare che questa è una convinzione verisimilmente comune a tutti i *prudentes*. I Proculeiani (e, forse, anche i giuristi tardo-repubblicani) le attribuiscono un rilievo tale da ritenerla sufficiente a distinguere la locazione dalla compravendita

---

[241] Cfr. D. 18. 1. 65, su cui *supra*, § 3.2.

[242] Non mi sembra terminologicamente sostenibile l'affermazione del CERVENCA, *In tema di 'locatio-conductio'*, cit., 14 s. nt. 40, per cui l'espressione *merces pro opera* indicherebbe un pagamento per «il risultato finale dell'attività di lavoro (cioè l'*opus*)»: le fonti citate dall'a. a sostegno di un tale significato di *opera* (D. 19. 5. 22 e D. 34. 2. 34 pr.) non consentono in alcun modo di ipotizzare un valore del termine *opera* diverso dall'usuale.

[243] Non è un caso, a mio avviso, che i più antichi esegeti del frammento — i quali, come vedremo (*infra*, cap. VII § 1), non ragionavano in termini di netta opposizione tra le varie figure, ma guardavano alla *locatio operis* come ad una forma della più generale locazione di *operae* — avevano minori difficoltà ad ammettere la possibilità di un pagamento *in singulas operas* all'interno di una *locatio operis faciendi*: cfr. per tutti ACCURSIUS, gl. *efficeretur* ad D. 19. 2. 51. 1; FABRI *Rationalia*, ad D. 19. 2. 51. 1, ed. cit., V, 614; GLÜCK, *Pandecten*, cit., XVII, 435 s. nt. 8 = *Pandette*, cit., XIX, 222 nt. 8 (§ 1055); WESTPHAL, *Kauf, Pacht, Mieth- und Erzinskontract*, cit., 567.

(nella quale il *pretium* è dato per la *res*, e non per l'*opera* che l'ha realizzata). I Sabiniani la condividono (cfr. Cassio, Giavoleno, Gaio e Pomponio[244]) ma, nella prospettiva della definizione 'perimetrale' tra locazione e compravendita, la sottovalutano rispetto al requisito della non-trasmissione del *dominium* — originariamente preferito, come ho cercato di dimostrare, essenzialmente per ragioni di natura filosofica[245].

9.5. *Conclusioni.*

Al termine dell'esegesi, la logica di Giavoleno appare chiara.

La prospettazione della *quaestio* è abbastanza ingenua: poiché si era stabilito che la *merces* fosse computata sulle giornate di lavoro (*operae*), il richiedente pensa ad una *locatio operarum*, e conseguentemente si interroga sulla possibilità di agire contro il *redemptor* per l'*opus vitiosum*.

Giavoleno chiarisce subito che la questione è mal impostata. In ogni ipotesi di locazione in cui rilevi l'attività di uno dei contraenti, la *merces* è pagata *pro opera*. Perciò non ha alcuna importanza il parametro di riferimento adottato a tal fine (*unum pretium*, *singuli dies* o *pedes*). L'unico dato da considerare è la modalità di impiego delle *operae* dell'artefice: in un caso l'impiego delle opere in questo o quell'*opus* non ha rilievo nel rapporto (*locatio* cd. *operarum*); in un altro, l'individuazione dell'*opus* ha rilievo ma il conduttore non assume responsabilità sulla sua realizzazione (regìa); in un altro ancora l'*opus* è individuato e il conduttore è responsabile per la sua realizzazione (appalto).

In altre parole: il sinallagma *merces-opera* è il comune denominatore di tutte le ipotesi; ma queste non si confondono tra loro, perché le parti possono accordarsi variamente circa le modalità di utilizzazione dell'*opera*.

---

244 Sulla posizione di Pomponio rispetto alle *sectae* cfr. *supra*, nt. 101.

245 Cfr. *supra*, § 2.

CAPITOLO QUINTO

LA DEFINIZIONE «PERIMETRALE» DELLA 'LOCATIO CONDUCTIO' NELLA GIURISPRUDENZA TARDO-CLASSICA

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. *Locatio conductio* e *mandatum*. — 3. *Locatio conductio* e *depositum*. — 4. *Locatio conductio* e *commodatum*, *precarium*, *donatio*. — 5. Appendice. La sistemazione giustinianea.

1. PREMESSA.

Se paragonato al lavoro dei giuristi precedenti, il contributo della giurisprudenza tardo-classica alla definizione della locazione — rispetto sia ai principali assetti di interessi 'interni', sia ai confini 'esterni' — è stato tutto sommato relativo. Al riguardo, fermandoci ai passi che abbiamo analizzato sinora[1], è emblematico il fatto che Ulpiano riporti senza discostarsene la distinzione serviana tra *vis cui resisti non potest* e *vitia ex ipsa re*[2], e che Paolo si limiti a precisare la portata dei *pithana* labeoniani, senza mutare nella sostanza le soluzioni del giurista augusteo in ordine ai problemi di rischio e responsabilità delle parti[3]. Naturalmente alcune questioni si trascinano — come ad esempio quella della distinzione con l'*emptio venditio* nel contratto di appalto (cfr. Paolo in D. 19. 2. 22. 2[4]) — mentre altri dibattiti sem-

---

[1] Ma cfr. anche, per il profilo dell'equilibrio tra le prestazioni, Pap. 4 *resp.* fr. 493 LENEL = Ulp. 32 *ad ed.* D. 19. 2. 15. 4; Paul. 34 *ad ed.* D. 19. 2. 24. 4; Paul. *reg.* D. 19. 2. 38 pr. (già richiamato *supra*, cap. II nt. 205); Paul. 2 *sent.* D. 19. 2. 55. 2; Ulp. 31 *ad ed.* D. 17. 1. 10. 9; Ulp. 32 *ad ed.* D. 19. 2. 9. 6; Ulp. 32 *ad ed.* D. 19. 2. 15. 8. Mi sembra che i profili strutturali non siano messi in crisi, anche nell'indubbio sviluppo delle concezioni e degli istituti: cfr., ad es., il problema dell'evoluzione storica della *remissio mercedis*, in CAPOGROSSI COLOGNESI, *Ai margini della proprietà fondiaria*[3], cit., 226 ss.

[2] Cfr. *supra*, cap. II § 2.

[3] Cfr. *supra*, cap. III § 1.

[4] Cfr. *supra*, cap. IV § 4.

brano avviarsi sulla via della soluzione proprio in quest'epoca — come ad esempio il problema dello scambio di *res utendae fruendae* (ma solo nel senso che diviene preminente una delle proposte formulate in età precedente: cfr. Ulpiano in D. 10. 3. 23)[5].

In realtà, è verisimile che in quest'epoca il contratto di locazione fosse già formato nelle sue caratteristiche fondamentali. Cosicché gli aggiustamenti di tiro compiuti dai giuristi tardo-classici, quando non mutano la sostanza delle soluzioni della repubblica e del primo principato, possono essere in questa sede senz'altro tralasciati[6].

Piuttosto, è abbastanza interessante notare che in questo periodo si pongono ai giuristi n u o v i p r o b l e m i, legati essenzialmente alla necessità di distinguere 'perimetralmente' la locazione da rapporti che in precedenza erano stati senz'altro considerati gratuiti, ma che già nel III sec. d.C. cominciavano ad assumere quei caratteri di onerosità che diverranno più evidenti nel 'Vulgarrecht' d'occidente[7] e, talora, in diritto bizantino[8].

---

[5] Cfr. *supra*, cap. IV § 6.

[6] Per completezza, mi limito a ricordare — rispetto alla definizione 'perimetrale' tra locazione e *nova negotia* — due passi di Ulpiano nei quali la locazione viene distinta da rapporti tutelati da *agere praescriptis verbis* in virtù della presenza della *merces*. Il primo frammento (Ulp. 30 *ad ed.* D. 16. 3. 1. 9) — del quale ci occuperemo anche più avanti, trattando del deposito (cfr. *infra*, § 3) — concerne il rapporto tra il proprietario di un *servus* e il *pistrinarius* cui lo schiavo è stato affidato. Se è stabilita una *merces* per la custodia dello schiavo, scrive Ulpiano, oppure per le opere prestate dallo schiavo al *pistrinarius*, può agirsi *ex locato* o *ex conducto*; se sono stati previsti solo i *cibaria* per lo schiavo, allora si userà l'*actio depositi*; se invece ci si è accordati per una compensazione delle *operae* con la *custodia*, non essendo pagata alcuna *pecunia*, si avrà non una *locatio conductio*, ma solo un rapporto avvicinabile ad essa (*quasi genus locati et conducti*), potendosi agire con un'*actio praescriptis verbis*. Il secondo testo (Ulp. 31 *ad ed.* D. 19. 5. 19. 1) descrive il rapporto tra *Ego* e *Tu*, nel quale *Ego* obbliga un fondo proprio al fine di ottenere una somma a vantaggio di *Tu*; le parti stabiliscono poi che *Tu* presti ad *Ego* un fideiussore; ma *Tu* non provvede, e allora Ulpiano dice doversi agire *praescriptis verbis* oppure, se è intervenuta una *merces*, *ex locato* (sul passo, nella prospettiva qui discussa, cfr. anche BURDESE, *Sul riconoscimento civile dei cd. contratti innominati*, cit., 59; ID., *Osservazioni in tema di cd. contratti innominati*, cit., 151). Non mi sembra necessario approfondire l'esame dei due frammenti: entrambi ribadiscono quanto affermato dallo stesso Ulpiano in D. 10. 3. 23, e cioè che uno degli elementi distintivi della locazione rispetto ai *nova negotia* è rappresentato dalla *merces*.

[7] Cfr. per tutti E. LEVY, *Weströmisches Vulgarrecht. Das Obligationenrecht*, Weimar 1956, 163 ss. (*commodatum*), 173 ss. (*depositum*; cfr. anche ID., *West-östliches Vulgarrecht und Justinian*, in «ZSS» 76 [1959] = *Gesammelte Schriften*, I, Köln-Graz 1963, 275 s.), 268 ss. (*precarium*), 287 ss. (*mandatum*), 250 (rapporto con *locatio conductio*); KASER, *Das römische Privatrecht*, cit., II², 371 (*commodatum*), 372 (*depositum*), 416 (*mandatum*).

[8] Nonostante una certa tendenza al ritorno ai principi classici in Giustiniano (su cui cfr. per tutti LEVY, *Obligationenrecht*, cit., 166, 174): cfr., rispetto al deposito, F. SITZIA,

Riguardo a questi problemi, l'atteggiamento dei giuristi tardo-classici è, in linea di principio, piuttosto conservatore, nel senso che essi ribadiscono l'onerosità della locazione e la gratuità degli altri rapporti. Ma nella soluzione dei singoli casi la regola viene mantenuta soprattutto formalmente, e qua e là si notano aperture sostanziali alla nuova tendenza, formulate attraverso definizioni 'perimetrali' abbastanza difficoltose. Converrà esaminare brevemente anche queste ultime: pur trattandosi di questioni che interessano la *locatio conductio* solo indirettamente, come termine esterno di confronto, tuttavia esse possono essere utili per comprendere il ruolo attribuito dai giuristi alla *merces* nell'individuazione dei 'confini' del contratto[9].

2. 'LOCATIO CONDUCTIO' E 'MANDATUM'.

Partiamo dalla definizione 'perimetrale' della locazione rispetto al mandato.

È abbastanza significativo, a mio avviso, che la distinzione tra locazione e mandato sia stata posta da Gaio — a differenza di quanto fatto per la *definitio* tra locazione e compravendita — non in forma di *quaeritur*, ma come principio certo e indiscusso[10]. *In summa sciendum est*[11], scrive il giurista nelle *institutiones* (3. 162[12]; cfr. 10 *ad ed. prov.*

Sulla responsabilità del depositario in diritto bizantino, in «BIDR» 74 (1971) 211 ss., spec. 215, e fonti ivi citate.

[9] A questo riguardo, è bene chiarire che un discorso a parte dovrebbe essere fatto per l'*actio aestimatoria*, la quale, come afferma Paul. 30 *ad ed.* D. 19. 3. 2, *utilis est et si merces intervenit*. È chiaro che qui la mancata incidenza del valore differenziale della *merces* è legata alla nascita dell'*actio aestimatoria*, che — come riferisce Ulp. 32 *ad ed.* D. 19. 3. 1 pr. — era stata creata, ultima fra i *bonae fidei iudicia*, *tollendae dubitationis gratia*, ossia per evitare i dubbi circa la qualificazione del rapporto (compravendita, locazione, mandato). In questa ipotesi, a fini di chiarezza, viene assunto come elemento fondamentale per qualificare il rapporto lo scopo dell'*aestimatio*, a nulla rilevando la presenza o l'assenza di forme di pagamento, come la *merces* (e, presumibilmente, anche il *pretium*). In generale, sul tema, cfr. l'ancora fondamentale lavoro di L. LOMBARDI, *L''actio aestimatoria' e i 'bonae fidei iudicia'*, in «BIDR» 63 (1960) 129 ss.

[10] La più antica attestazione del principio della gratuità del mandato è, nei testi dei giuristi, Iav. 7 *ex Cass.* D. 17. 1. 36. 1: ... *sed nec lucrum tibi ex hac causa adquirere debes, cum mandatum gratuitum esse debet*; ma cfr. già Cic. *off.* 1. 150: si tratta certamente di un principio tradizionale e alquanto risalente.

[11] Per F. DUMONT, *La gratuité du mandat en droit romain*, in *Studi V. Arangio-Ruiz*, II, Napoli s.d., 309, l'espressione gaiana *in summa* esprimerebbe «une approximation», ma come ha notato A. WATSON, *Contract of Mandate in Roman Law*, Oxford 1961, 106, una simile traduzione è scorretta: «usually it means 'above all'», ma negli altri luoghi gaiani delle

D. 19. 5. 22[13]), che si ha mandato quando ci si accorda per la prestazione gratuita di un'attività per la quale, se fosse prevista una *merces*, dovrebbe parlarsi di locazione[14].

Il principio è ripetuto in termini altrettanto generali da Paul. 32 *ad ed.* D. 17. 1. 1. 4[15], ed è adottato dallo stesso Paolo e da Ulpiano

---

institutiones in cui la locuzione ricorre (Gai. 1. 47; 1. 141; 2. 96; 3. 208; 4. 183), con la sola eccezione di Gai. 4. 139, essa è usata per concludere una discussione, «and it could be translated as 'finally'». Nello stesso senso si pronuncia V. ARANGIO-RUIZ, *Il mandato in diritto romano*, Napoli 1949, 102 nt. 1: «'infine', o 'da ultimo'»,

[12] Gai. 3. 162: *in summa sciendum <est, quotiens faciendum> aliquid gratis dederim, quo nomine si mercedem statuissem, locatio et conductio contraheretur, mandati esse actionem, veluti si fulloni polienda curandave vestimenta <dederim> aut sarcinatori sarcienda* (il medesimo principio e il medesimo esempio troviamo ripetuto nelle Istituzioni giustinianee: cfr. Inst. 3. 26. 13). Il passo sarebbe postclassico per M. SARGENTI, *'In summa' (Note esegetiche)*, in «AG» 122 (1939) 53 ss., spec. 60 ss.: l'opera di un *fullo* o di un *sarcinator* non sarebbe mai inquadrabile, per assenza di dignità sociale, in un mandato. Per il FERRINI, *Sulle fonti delle Istituzioni di Giustiniano*, cit., 306 ss., il brano contenuto in Inst. 3. 26. 13 trarrebbe origine da un testo gaiano nel quale al posto di *et ideo* si leggeva *veluti* e la frase si fermava a *sarcienda*: l'esempio del *fullo* e del *sarcinator* sarebbe riferibile alla sola *locatio conductio*, evitandosi «da inverosimile ipotesi di un tintore o di un sarto che lavorino per mandato» (*op. cit.*, 397). Per il DUMONT, *La gratuité du mandat*, cit., 310 s., poiché non sarebbe verisimile che un *fullo* e un *sarcinator* lavorino gratuitamente, un prezzo sarebbe stato pagato, ma passato sotto silenzio, realizzando un mandato simulato: ciò allo scopo, da un lato, di consentire al cliente una repressione più vigorosa di ogni colpa dell'artigiano; dall'altro, per esonerare quest'ultimo dall'obbligo di *custodia*: entrambe le parti avrebbero avuto interesse ad una tale simulazione. Tuttavia, come è stato notato (dal MICHEL, *Gratuité*, cit., 176 s.), non si vede come un mutamento del genere potesse favorire contemporaneamente entrambe le parti (il cliente, ad esempio, rinuncerebbe ad imputare all'artigiano la responsabilità per *custodia*). Il MICHEL, *op. ult. cit.*, 177, ha piuttosto spiegato l'ipotesi come un caso di *operae liberti*: l'artigiano avrebbe mancato ad una delle sue obbligazioni e il patrono, non potendo utilizzare un'*actio ex locato* o un'*actio in factum*, si sarebbe visto concedere l'*actio mandati*. Ma la maggioranza della dottrina non ha difficoltà ad accettare l'ipotesi così come presentata da Gaio: cfr. DE ROBERTIS, *I rapporti di lavoro*, cit., 226; ARANGIO-RUIZ, *Mandato*, cit., 102; WATSON, *Mandate*, cit., 78; KASER, *Das römische Privatrecht*, cit., I^2, 577 nt.10; ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, cit., 421.

[13] Gai. 10 *ad ed. prov.* D. 19. 5. 22: *si tibi polienda sarciendave vestimenta dederim, si quidem gratis hanc operam te suscipiente, mandati est obligatio, si vero mercede data aut constituta, locationis conductionisque negotium geritur.*

[14] Il FERRINI, *Sulle fonti delle Istituzioni di Giustiniano*, cit., 397, e il SARGENTI, *'In summa'*, cit., 60 s., avevano eccepito la scorrettezza della affermazione gaiana: non ogni volta che si dà un incarico a qualcuno è possibile realizzare un mandato o una locazione, in quanto esistono attività che, per il loro valore (o disvalore) sociale sono (o non sono) possibili oggetto di mandato. Il WATSON, *Mandate*, cit., 78 s., propone di correggere l'usuale integrazione in «*aliquid opus faciendum*». Ma ai nostri fini è sufficiente rilevare con l'ARANGIO-RUIZ, *Il mandato*, cit., 104, che «in linea di massima, è chiaro che dovunque lo schema della *locatio conductio* risulta applicato noi possiamo sicuramente riconoscere, per il caso eccezionale della prestazione gratuita, anche l'applicabilità del mandato».

rispetto al problema specifico della riconduzione a locazione o a mandato dell'incarico affidato al *magister navis* (Paul. 29 *ad ed.* D. 14. 1. 5 pr.[16]; Ulp. 28 *ad ed.* D. 14. 1. 1. 18)[17].

---

[15] Paul. 32 *ad ed.* D. 17. 1. 1. 4: *mandatum nisi gratuitum nullum est: nam originem ex officio atque amicitia trahit, contrarium ergo est officio merces: interveniente enim pecunia res ad locationem et conductionem potius respicit.* Il DUMONT, *La gratuité du mandat*, cit., 309, sostiene che Paolo utilizzerebbe, con l'espressione finale *potius respicit*, «une tournure prudente», prudenza che si accorderebbe con l'«approximation» espressa dall'*'in summa'* di Gai. 3. 162 (cfr. *supra*, nt. 12); ma cfr. le opportune considerazioni di WATSON, *Mandate*, cit., 106: «after all, there is nothing prudent about his preceding *mandatum nisi gratuitum nullum est*». Il MICHEL, *Gratuité*, cit., 186, che segue nella sostanza il Dumont, non può non riconoscere la contraddizione tra la (presunta) prudenza finale e la decisa affermazione iniziale; e allora ipotizza che il principio della gratuità sia affermato vigorosamente per reagire alla tendenza — diffusa nella pratica — di realizzare mandati onerosi; l'*ergo* evidenzierebbe la conseguenzialità di un simile ragionamento: il mandato è gratuito perché trae origine da *officium* e *amicitia*, d u n q u e l'uso di pagare una *merces* è contrario «à l'esprit même de l'institution». Se tuttavia fosse accoglibile la proposta della Glossa di intendere l'alternativa tra azioni di locazione e *actio in factum* come determinata rispettivamente da presenza o assenza di *merces certa* (cfr. gl. *vel ex locato* ad D. 13. 6. 5. 12, e *infra*, § 4), mi sembra che della frase *interveniente enim pecunia res ad locationem et conductionem potius respicit* potrebbe anche essere proposta una diversa interpretazione. Mi pare, infatti, che la formulazione non apodittica della frase di Paolo — che utilizza il comparativo *potius*, peraltro conservato nello sch. δεῖ (2) ad Bas. 14. 1. 1 (SCHELTEMA, B II, 700): μᾶλλον — induca piuttosto a leggere un'apertura verso l'eventualità che la fattispecie sia tutelabile *in factum* (cfr. in questo senso anche FABRI *Rationalia*, ad D. 17. 1. 1. 4, ed. cit., V, 2, e CUIACII *In libros Pauli ad edictum*, ad lib. XXXII, ad D. 17. 1. 1, in *Opera*, cit., V, 459. A). E, peraltro, che alcuni rapporti al confine tra mandato e locazione fossero tutelati con azioni *in factum*, è confermato da un passo di Ulpiano relativo al *mensor agrorum* (Ulp. 24 *ad ed.* D. 11. 6. 1 pr.-1, rispetto al quale mi sembra da preferire la spiegazione storica del DE ROBERTIS, *I rapporti di lavoro*, cit., 195 s., a confronto dell'ipotesi interpolazionistica della COPPOLA, *Cultura e potere*, cit., 148 ss.) nonché da un problematico frammento — assente nei manoscritti del Digesto e ricostruito dal Mommsen sulla scorta dei Basilici — attribuito a Pomponio (Pomp. 21 *ad Sab.* [?] D. 19. 5. 27 [26. 1]) su cui cfr. per tutti K.-H. BELOW, *Der Arzt im römischen Recht*, München 1953, 89 ss.; M. JUST, *Der Honoraranspruch des 'medicus ingenuus'*, in *Sodalitas A. Guarino*, VI, Napoli 1984, 3067; COPPOLA, *Cultura e potere*, cit., 160 ss. (con ampia discussione, bibliografia e argomentazioni che mi sembrano persuasive); N. HAYASHI, *Der Auftrag und die sogenannten Innominatkontrakte*, in D. NÖRR - S. NISHIMURA (hrsg.), *Mandatum und Verwandtes. Beiträge zum römischen und modernen Recht*, Berlin - Heidelberg 1993, 185; GALLO, *Synallagma e conventio*, cit., II, 237 ss.

[16] Se il *magister navis* è libero, è possibile qualificare il rapporto come mandato o come locazione a seconda della gratuità o dell'onerosità della prestazione di *operae*; se invece è *servus*, potrà aversi solo *locatio conductio*: Paul. 29 *ad ed.* D. 14. 1. 5 pr.: *si eum, qui in mea potestate sit, magistrum navis habeas, mihi quoque in te competit actio, si quid cum eo contraxero: idem est, si communis servus nobis erit. ex locato tamen mecum ages, quod operas servi mei conduxeris, quia et si cum alio contraxisset, ageres mecum, ut actiones, quas eo nomine habui, tibi praestarem, quemadmodum cum libero, si quidem conduxisses, experieris: quod si gratuitae operae fuerint, mandati ages.*

Ma, come dicevo, nei testi dei giuristi tardo-classici troviamo anche casi in cui la distinzione è più problematica. Alludo, in particolare, a quei passi in cui il mandato ha come corrispettivo un *salarium* o un *honorarium*. La possibilità di un mandato retribuito, naturalmente, mette in crisi le formulazioni generali e la definizione 'perimetrale' con la locazione. Eppure i *prudentes*, nonostante tutto, cercano di mantenere fermo il *discrimen* tra queste forme di pagamento e la *merces* locativa. Solo la seconda è da essi concepita come corrispettivo di un contratto sinallagmatico ed è tutelata con le *actiones locati* e *conducti*; le prime sono considerate alla stregua di pagamenti disposti unilateralmente da una parte, e tutelabili o *extra ordinem* (se previsti nel negozio *ab initio*), oppure attraverso l'*actio mandati* (se intervenuti successivamente a titolo premiale).

Basti ricordare brevemente il contenuto dei testi.

La tutela *extra ordinem* è testimoniata innanzitutto in Pap. 3 *resp.* D. 17. 1. 7, in cui un *procurator ad litem* agisce *extra ordinem* per il *salarium*: occorre chiedersi, scrive il giurista, se si tratti di una richiesta circa l'offerta spontanea del *dominus*, oppure di un patto di quota lite, realizzato *contra bonos mores*: solo nel primo caso l'azione sarà esperibile[18]. Poi da un rescritto degli imperatori Settimio Severo e Antonino Caracalla conservato in C. 4. 35. 1, nel quale si distingue tra l'*actio mandati* esperibile per le spese e la *cognitio extra ordinem* per il *salarium*[19]. Rispetto ai due testi, è a mio avviso ancora valida la spiegazione dell'Arangio-Ruiz, il quale collocava i frammenti nell'ambito della generale vicenda storica del *salarium*, nato nei rapporti tra

[17] Ulp. 28 *ad ed.* D. 14. 1. 1. 18: ... *exercenti navem adversus eos, qui cum magistro contraxerunt, actio non pollicetur, quia non eodem auxilio indigebat, sed aut ex locato cum magistro, si mercede operam ei exhibet, aut si gratuitam, mandati agere potest.* Su questo passo, in relazione alla carenza di azione per l'*exercitor navis* nei confronti dei terzi contraenti con il *magister* (carenza che determina la necessità di agire nei confronti di quest'ultimo con l'*actio locati* o *mandati*), cfr. DI PORTO, *Impresa collettiva e schiavo 'manager'*, cit., 195 ss. Sull'alternatività di *locatio* e *mandatum* nel passo, cfr. anche H. WIELING, *Drittwirkungen des Mandats und ähnlicher Rechtsverhältnisse*, in NÖRR-NISHIMURA (hrsg.), *Mandatum und Verwandtes*, cit., 243.

[18] Pap. 3 *resp.* D. 17. 1. 7: *salarium procuratori constitutum si extra ordinem peti coeperit, considerandum erit, laborem dominus remunerare voluerit atque ideo fidem adhiberi placitis oporteat an eventum litium maioris pecuniae praemio contra bonos mores procurator redemerit.*

[19] C. 4. 35. 1: *adversus eum, cuius negotia gesta sunt, de pecunia, quam de propriis opibus vel ab aliis mutuo acceptam erogasti, mandati actione pro sorte et usuris potes experiri: de salario quod promisit a praeside provinciae cognitio praebebitur* (Impp. Severus et Antoninus AA. Leonidae).

patrono e liberto[20] e poi esteso, nella medesima veste, a tutti i prestatori d'opera[21]: quando la prestazione si fosse tradotta nel versamento periodico di una somma di denaro, quest'ultima avrebbe preso il nome di *salarium*, ma non sarebbe stata considerata quale corrispettivo per l'opera prestata (come nella *locatio conductio*) bensì come l'oggetto di una disposizione unilaterale, tutelabile *extra ordinem*[22].

La seconda ipotesi (pagamento premiale tutelato con l'*actio mandati*) è testimoniata da Ulp. 31 *ad ed.* D. 17. 1. 6 pr.: *si remunerandi gratia honor intervenit erit mandati actio*. Qui non si parla di *cognitio extra ordinem*, ma di *actio mandati*, e il dato sembra porsi in contrasto con la ricostruzione dell'Arangio-Ruiz[23]. Ma al riguardo è possibile ipotizzare che *salarium* e *honorarium* siano forme di pagamento strutturalmente diverse[24], oppure che — come affermato *supra* — la distinzione debba essere còlta nel fatto che il *salarium-honorarium*[25] tutelato con *actio mandati* non fosse stabilito *ab initio* (come quello tutelato *extra ordinem*), bensì in un secondo momento: in tal caso, intervenendo su un negozio perfetto, il pagamento non farebbe venir meno l'*actio mandati*.

---

[20] Come pagamento degli alimenti allorché il *patronus* avesse utilizzato le *operae* del liberto senza lasciargli il tempo necessario a guadagnarsi la vita: cfr. Gai. 14 *ad ed. prov.* D. 38. 1. 19; Paul. 40 *ad ed.* D. 38. 1. 18 e 20; Iav. 6 *ex Cass.* D. 38. 1. 33, e, in generale sul problema, WALDSTEIN, *Operae libertorum*, cit., 283 ss.

[21] Cfr. Nerat. 1 *resp.* D. 38. 1. 50.

[22] ARANGIO-RUIZ, *Mandato*, cit., 115 s., seguito fra gli altri da DUMONT, *La gratuité du mandat*, cit., 313 ss.; WATSON, *Mandate*, cit., 109 s.; ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, cit., 417 s.; al di là delle ipotesi interpolazionistiche, e pur se criticato dall'ARANGIO-RUIZ, *op. ult. cit.*, 56, coglie con chiarezza la distinzione fra procura e mandato F. SERRAO, *Il procurator*, Milano 1947, 113 e 154. Meno convincente appare invece la soluzione secondo la quale il *salarium* sarebbe prestato per le fatiche sopportate dal *procurator*, pur se non a titolo di mercede (così P. PESCANI, *Di una definizione del salario contenuta in una glossa del Codex Montispessulanus*, in «Boll. Sc. dir. lav. Trieste» 9 [1957] 12, seguito dalla COPPOLA, *Cultura e potere*, cit., 302 nt. 15): la distinzione fra le due forme di pagamento, infatti, in tal caso sarebbe alquanto labile (e ciò particolarmente perché gli stessi autori sottolineano la diversità fra *merces* e *salarium*: cfr. PESCANI, *Di una definizione del salario*, cit., 6 ss., 12; COPPOLA, *Cultura e potere*, cit., 298 s. ntt. 11-13).

[23] Il quale, a differenza di altri studiosi — come ad esempio DUMONT, *La gratuité du mandat*, cit., 319 ss. —, si è reso conto della contraddizione fra il dettato ulpianeo e la propria lettura del brano di Papiniano e pertanto, escludendo che Ulpiano contraddicesse il suo maestro, ha ipotizzato una riduzione postclassica o compilatoria della lezione originaria del brano: cfr. ARANGIO-RUIZ, *Mandato*, cit., 116 ss.

[24] Così, di recente, COPPOLA, *Cultura e potere*, cit., 239 ss. e nt. 180.

[25] Identificano *salarium* e *honorarium*, pur distinguendo entrambi dalla *merces*, AZONIS *Summa*, ad C. 4. 35 nn. 3 ss., ed. cit., 388, e ACCURSIUS, gl. *erit mandati* ad D. 17. 1. 6 pr.; J. CUIACII *In libros responsorum Papiniani*, ad lib. III, ad D. 17. 1. 7, in *Opera*, cit., IV, 939 ss.; FABRI *Rationalia*, ad D. 17. 1. 4 e D. 17. 1. 7, ed. cit., V, 6 e 13; DONELLI *De iure civili*, XIII. 10, in *Opera*, cit., III, 858; chi legge *salarium* nel senso di *merces* non può non qualificare il rapporto come *locatio conductio*: così MOLNÁR, *Gefahrtragung*, cit., 31.

L'unico passo nel quale potrebbe sospettarsi la presenza di una *merces* in un rapporto che non sia di locazione è un tormentato testo di Paolo (32 *ad ed.* D. 17. 1. 26. 8), nel quale si rappresenta il caso di un *faber* che ha ricevuto da un amico il mandato di acquistare un servo per dieci, e che, avendo insegnato il proprio mestiere allo schiavo, lo rivende per venti. In virtù dell'*actio mandati*, scrive Paolo, il *faber* è costretto a dare al mandante l'intera somma di venti. Se poi ci si accorge che lo schiavo non era sano, il *faber* è responsabile nei confronti dell'acquirente. Mela asserisce che il mandante non è a sua volta responsabile, a meno che la malattia sia intervenuta dopo l'acquisto, *sine dolo malo* del mandatario. Ma se il *faber* ha insegnato il mestiere al servo *iussu mandatoris*, dovrà ritenersi diversamente: infatti, in tal caso, egli potrà conseguire tanto la *merces* quanto i *cibaria*. A meno che — prosegue il brano — non gli sia stato chiesto di insegnare gratuitamente[26].

Il periodo che maggiormente ci interessa è quello in cui si afferma che, se l'insegnamento era stato ordinato dal mandante, il *faber* può ottenere tanto la *merces* quanto i *cibaria*, purché non si fosse stabilito che l'insegnamento dovesse essere gratuito (*sed si ... rogatus sit*). In questa porzione di testo, infatti, si parla chiaramente di *merces*, ma l'*amicus* del *faber* continua ad essere chiamato *mandator*: dovremmo concludere che Paolo chiami *merces* un pagamento realizzato in un contesto diverso dalla locazione?

Nell'interpretazione del brano, che, come si vede, è alquanto complessa[27], non mi sembra possa essere seguita la proposta di quanti pensano che il rapporto tra *dominus* e *faber* sia di mandato anche ri-

---

[26] Paul. 32 *ad ed.* D. 17. 1. 26. 8: *faber mandatu amici sui emit servum decem et fabricam docuit, deinde vendidit eum viginti, quos mandati iudicio coactus est solvere: mox quasi homo non erat sanus, emptori damnatus est: Mela* (fr. 12 LENEL) *ait non praestaturum id ei mandatorem, nisi posteaquam emisset sine dolo malo eius hoc vitium habere coeperit servus. sed si iussu mandatoris eum docuerit, contra fore: tunc enim et mercedem et cibaria consecuturum, nisi si ut gratis doceret rogatus sit.*

[27] Anche perché il *contra fore* non si lega bene al periodo precedente, e ogni tentativo di collegamento appare macchinoso (cfr. ad es. l'interpretazione di Giovanni Bassiano in gl. *contra fore* ad D. 17. 1. 26. 8, seguita da FABRI *Rationalia*, ad D. 17. 1. 26. 8, ed. cit., V, 68). Forse, anche se è probabile che il brano abbia subito dei tagli (cfr. RICCOBONO, *Dal diritto romano classico al diritto moderno*, cit., 161), non è necessario pensare ad interpolazioni (ipotizzate, ad es., da RICCOBONO, *op. ult. cit.*, 161 [*tunc enim — rogatus sit*]; F. EISELE, *Beiträge zur Erkenntniss der Digesteninterpolationen. Erster Beitrag*, in «ZSS» 10 [1889] 306 [*nisi* — fine]; S. CUGIA, *Profili del tirocinio industriale*, Napoli 1922, 49 ss. [*sed si iussu* — fine]; F. HAYMANN, *Zu l. 26. 8, D. 17. 1*, in «ZSS» 52 [1932] 349 [*sed si iussu* — fine]).

spetto all'insegnamento prestato allo schiavo — non nel senso che la mercede fosse dovuta per il *fabricam docere*, ma ipotizzando che essa dovesse essere pagata dal *dominus* al *faber* per le giornate di lavoro perdute da quest'ultimo[28], oppure dal *faber* allo schiavo per il lavoro compiuto presso di lui nel periodo successivo all'apprendistato[29]. Una simile lettura, infatti, costringe ad inserire nel passo dati in esso assenti e, in parte, difficilmente spiegabili giuridicamente[30].

Piuttosto riterrei — sulla scorta dello scolio del Nomofilatte a Bas. 14. 1. 26[31] — che il rapporto cui allude la *merces* sia una *locatio conductio*. A favore di questa interpretazione può notarsi come in tutti e tre i rapporti (mandato tra *amicus* e *faber*; compravendita tra *faber* e acquirente; rapporto di *fabricam docere*) e anche nella prima compravendita, il *dominus* è s e m p r e chiamato *mandator*. Evidentemente l'identità di denominazione non esclude che i rapporti siano tra loro distinti, ma è giustificata da esigenze di chiarezza nell'individuazione dei personaggi della vicenda. Perciò è forse meglio non esagerare l'importanza del dato terminologico nell'espressione *iussu mandatoris*[32]. Certo, non è da escludere una tarda perdita di tecnicismo del termine *merces* — in un passo di Ulpiano, l'espressione è utilizzata per indicare il rapporto tra cliente e avvocato[33] — ma si tratterebbe comunque di casi sporadici.

---

[28] DUMONT, *La gratuité du mandat*, cit., 314 ss.

[29] E dunque sarebbe recuperata dall'artigiano insieme ai *cibaria*: cfr. H. TAPANI KLAMI, *Mandatum and Labour in Roman Law*, in «ZSS» 106 (1989) 575 ss.; 578 nt. 13a; ID., *'Teneor mandati'*, in «Ann. Univ. Turkuensis» 140 (1976) 37 ss. (estr.).

[30] Non è chiaro, ad esempio, a quale titolo, se non sulla base di un rapporto di locazione, l'*amicus* avrebbe dovuto risarcire con un pagamento denominato *merces* le giornate di lavoro perdute dal *faber*.

[31] Sch. ὁ Νομοφύλαξ (38) ad Bas. 14. 1. 26 (SCHELTEMA, B II, 753): διὰ τῆς κονδούκτι, οὐ διὰ τῆς μανδάτι. γρατούιτον γὰρ εἶναι δεῖ τὸ μανδάτον. Cfr. anche CUGIA, *Profili*, cit., 51; MICHEL, *Gratuité*, cit., 185; WATSON, *Mandate*, cit., 108.

[32] Come ha rilevato il WATSON, *Mandate*, cit., 108, il rapporto relativo al *fabricam docere* deve essere intervenuto successivamente, potendo dar luogo ad *actio mandati* se gratuito, oppure ad *actio locati* o *actio in factum* se oneroso (a seconda che la *merces* fosse o meno stabilita dall'inizio).

[33] Ulp. 8 *de omn. trib.* D. 50. 13. 1. 13, su cui mi limito a rinviare a G. CERVENCA, *In tema di tutela del prestatore d'opera nel diritto romano classico*, in «Boll. Sc. dir. lav. Trieste» 17-18 (1961) 28 s.; P. PESCANI, *Honorarium*, *ibid.*, 65 (il quale pensa che la *merces* corrisponda all'anticipo versato dal cliente, e l'*honorarium* al pagamento finale). Sul problema, cfr. comunque, in generale, M. A. DE DOMINICIS, *Noterelle marginali a proposito di due articoli, rispettivamente in tema di 'salarium' e di 'labor' nelle fonti giuridiche romane*, in «Boll. Sc. dir. lav. Trieste» 9 (1957) 18 s.; ID., *Postille e problemi attinenti il lavoro nel diritto romano classico e postclassico*, in «Boll. Sc. dir. lav. Trieste» 13 (1959) 16 s.; E.

Anche se il quadro tradizionale inizia a incrinarsi, possiamo dunque affermare con una certa sicurezza che per tutta l'età classica la *merces* costituisce il *discrimen* tra locazione e mandato.

3. 'LOCATIO CONDUCTIO' E 'DEPOSITUM'.

Le distinzioni fra *locatio conductio* e *depositum* conducono a risultati non dissimili da quelli raggiunti rispetto al mandato. Anche in questo caso, il discrimine con la locazione è costituito dalla *merces*. Il principio, che sarà affermato con chiarezza dalle Istituzioni giustinianee[34], è confermato in una serie di passi di giuristi classici.

Papiniano scrive che, quando un marito lochi alla moglie una *res* ad un prezzo estremamente basso per eludere il divieto delle donazioni fra coniugi, non vi è *locatio*[35], ma un deposito stipulato fra coniugi, anche se l'*aestimatio* (finalizzata a quantificare l'eventuale diminuzione di valore della cosa depositata ai fini della responsabilità del depositario) abbia attribuito — *donationis causa* — un valore minore alla *res*: infatti non è possibile contrarre una *locatio* senza una *merces certa*, mentre un deposito può essere realizzato anche al di sotto dell'*aestimatio* (Pap. 10 *quaest.* D. 24. 1. 52 pr.)[36].

PALMIERI, *In tema di retribuzione dei 'praeceptores studiorum liberalium' e dei medici*, in «Boll. Sc. dir. lav. Trieste» 13 (1959) 7 ss.

[34] Inst. 3. 26. 13: *in summa sciendum est mandatum, nisi gratuitum sit, in aliam formam negotii cadere: nam mercede constituta incipit locatio et conductio esse et ut generaliter dixerimus: quibus casibus sine mercede suscepto officio mandati aut depositi contrahitur negotium, his casibus interveniente mercede locatio et conductio contrahi intellegitur.*

[35] La fattispecie è quella della locazione per un prezzo estremamente basso, e non deve essere confusa con l'ipotesi in cui esso sia del tutto assente, caso cui mi sembra invece da riferire Paul. 34 *ad ed.* D. 19. 2. 20. 1: (sc. *locatio) donationis causa contrahi non potest.* Il principio va piuttosto messo in relazione con quanto stabilito per la compravendita in Ulp. 7 *disp.* D. 18. 1. 38: *si quis donationis causa minoris vendat, venditio valet: totiens enim dicimus in totum venditionem non valere, quotiens universa venditio donationis causa facta est: quotiens vero viliore pretio res donationis causa distrahitur, dubium non est venditionem valere. hoc inter ceteros: inter virum vero et uxorem donationis causa venditio facta pretio viliore nullius momenti est*; cfr. Nerat. fr. 149 LENEL = Ulp. 32 *ad Sab.* D. 24. 1. 5. 5 (su cui cfr. per tutti B. BIONDI, *Corso di diritto romano. Le donazioni*, Milano 1940, 268 ss.). Cfr. in questo senso MICHEL, *Gratuité*, cit., 246 s., 256 s.; cfr. anche F. DUMONT, *Les donations entre époux en droit romain*, Paris 1928, 99 s. nt. 2.

[36] Pap. 10 *quaest.* D. 24. 1. 52 pr.: *si vir uxori donationis causa rem vilius locaverit, locatio nulla est: cum autem depositum inter eas personas minoris donationis causa aestimatur, depositum est. haec ideo tam varie, quia locatio quidem sine mercede certa contrahi non potest, depositum autem et citra aestimationem quoque dari potest.* Evidenziano il rapporto

Ulpiano affronta il problema in vari passi. Innanzitutto, egli scrive che, se vengono dati dei *vestimenta* al *balneator* affinché li custodisca, qualora questi non prenda alcuna *merces* per la custodia potrà agirsi con l'*actio depositi*; se invece viene stabilita una *merces*, si agirà *ex conducto* (Ulp. 30 *ad ed.* D. 16. 3. 1. 8)[37]. Anche nel caso in cui un *servus* sia affidato ad un *pistrinarius*, si avrà locazione se è stata stabilita una *merces* per la custodia (da parte del *pistrinarius*) o per le *operae* dello schiavo, mentre il rapporto sarà di deposito se le parti hanno previsto unicamente la prestazione dei *cibaria* (Ulp. 30 *ad ed.* D. 16. 3. 1. 9)[38]. Infine, commentando un responso di Pomponio relativo alla

onerosità ~ gratuità, BIONDI, *Le donazioni*, cit., 272 s., e K.-H. MISERA, *Gebrauchsüberlassung und Schenkungsverbot unter Ehegatten*, in «Index» 3 (1972) 406 ss. Può ricordarsi che, secondo l'interpretazione di F. W. L. VON MEYERFELD, *Die Lehre von den Schenkungen nach römischen Recht*, I, Marburg 1835, 318 e DUMONT, *Les donations*, cit., 100 s. nt. 3, l'*aestimatio* sarebbe *nulla*.

[37] Ulp. 30 *ad ed.* D. 16. 3. 1. 8: *si vestimenta servanda balneatori data perierunt, si quidem nullam mercedem servandorum vestimentorum accepit, depositi eum teneri et dolum dumtaxat praestare debere puto: quod si accepit, ex conducto.* Sul passo, rispetto alla *merces* (in particolare rispetto all'espressione *mercedem accipere*) come corrispettivo della locazione, cfr. MARTINI, *'Mercennarius'*, cit., 33. R. EVANS-JONES, *The Action of the XII Tables 'ex causa depositi'*, in «Labeo» 34 (1988) 205, nota come il *servandum dare* non valga a distinguere il deposito dalla locazione. Evidenziano il problema dell'alternativa fra le due *actiones*, C. LONGO, *Corso di diritto romano. Il deposito*, Milano 1933, 16 ss.; KASER, *Das römische Privatrecht*, cit., I², 535 nt.2; C. A. MASCHI, *La categoria dei contratti reali*, Milano 1973, 241, 293 ss.; G. GANDOLFI, *Il deposito nella problematica della giurisprudenza romana*, Milano 1976, 112 (in generale sul problema, 116 ss.); A. WACKE, *Rechtsfragen der römischen Lagerhausvermietung*, in «Labeo» 26 (1980) 307; cfr. anche GLÜCK, *Pandecten*, cit., XV, 143 e nt. 98 = *Pandette*, cit., XVI, 288 e nt. 98 (§ 938); WINDSCHEID, *Pandectenrecht*, II⁸, cit., 561 e nt. 2 = *Pandette*, cit., II, 461 e nt. 2 (§ 377); MISERA, *Gebrauchsüberlassung und Schenkungsverbot unter Ehegatten*, cit., 419 nt. 119. Naturalmente, il problema ultimo della distinzione è la responsabilità cui è tenuto il custode; in questo senso cfr. soprattutto ROBAYE, *L'obligation de garde*, cit., 196 ss.; METRO, *L'obbligazione di custodire*, cit., 170 ss. Il MICHEL, *Gratuité*, cit., 57, ha ipotizzato che il caso di una custodia gratuita delle vesti da parte del *balneator* potesse verificarsi quando il proprietario di terme private abbia concesso gratuitamente al pubblico l'uso della sua proprietà.

[38] Ulp. 30 *ad ed.* D. 16. 3. 1. 9: *si quis servum custodiendum coniecerit forte in pistrinum, si quidem merces intervenit custodiae, puto esse actionem adversus pistrinarium ex conducto: si vero mercedem accipiebam ego pro hoc servo, quem in pistrinum accipiebat, ex locato me agere posse: quod si operae eius servi cum custodia pensabantur, quasi genus locati et conducti intervenit, sed quia pecunia non datur, praescriptis verbis datur actio: si vero nihil aliud quam cibaria praestabat nec de operis quicquam convenit, depositi actio est* (per i riferimenti all'*actio praescriptis verbis* cfr. *supra*, nt. 6). Si ipotizza che la fattispecie sia legata alla punizione di uno schiavo: cfr. Plaut. *most.* 16; *Poen.* 1152; *Bacch.* 780; Ter. *Andr.* 199; *Phorm.* 249; Cic. *de or.* 1. 46 e in dottrina, per tutti, MICHEL, *Gratuité*, cit., 58 (per il quale, tuttavia, il passo sarebbe interpolato nella parte *si vero mercedem — praescriptis verbis datur actio*). Cfr. anche, nelle medesime prospettive del precedente D. 16. 3. 1. 8, C. LONGO, *La locatio-conductio*, cit., 38 s.; ID., *Il deposito*, cit., 16 ss.; MAYER-MALY, *Locatio*

responsabilità del *nauta* per le cose trasportate, rispetto al fatto che il pretore aveva predisposto un'*actio in factum* per il caso in cui il *nauta* non avesse restituito il carico, Ulpiano[39] si domanda se una simile azione sia davvero necessaria, posto che la fattispecie potrebbe essere sufficientemente tutelata da azioni civili[40]: infatti, nota il giurista, se il rapporto prevede una *merces* si potrà agire *ex locato* (quando il rapporto sia costruito come contratto di trasporto) o *ex conducto* (quando si tratti di una locazione della nave); se invece le *res* sono state caricate gratuitamente sulla nave, si potrà agire con l'*actio depositi* — come peraltro aveva già notato Pomponio (Ulp. 14 *ad ed.* D. 4. 9. 3 pr.-1)[41].

Da questi passi risulta chiaramente che i giuristi romani distinguevano tra locazione e deposito sulla base del criterio della *merces*. Ma anche per questo tipo di *definitio* possiamo ripetere quanto detto

---

conductio, cit., 130; KASER, *Das römische Privatrecht*, cit., I², 535 nt. 2; EVANS-JONES, *The Action of the XII Tables 'ex causa depositi'*, cit., 205; GANDOLFI, *Il deposito*, cit., 113 s.; MOLNÁR, *Verantwortung und Gefahrtragung*, cit., 606; MISERA, *Gebrauchsüberlassung und Schenkungsverbot unter Ehegatten*, cit., 419 nt. 119; ROBAYE, *L'obligation de garde*, cit., 198 nt. 26; METRO, *L'obbligazione di custodire*, cit., 170 ss.

[39] Ma questa porzione di passo è considerata interpolata dal DE ROBERTIS, *Receptum nautarum*, cit., 108 e 110.

[40] In ordine ai profili di rischio e responsabilità, il passo è stato oggetto di ampia discussione, soprattutto per la parte che qui non è stata riportata e in relazione alla cd. *exceptio Labeoniana*. Mi limito a richiamare ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale*², cit., 81 ss.; LUZZATTO, *Caso fortuito e forza maggiore*, cit., I, 176 s.; C. H. BRECHT, *Zur Haftung der Schiffer im antiken Recht*, München 1962, 84 ss.; DE ROBERTIS, *Receptum nautarum*, cit., 79 ss.; ID., *La responsabilità contrattuale*, cit., I, 422 ss.; II, 1005 ss.; MOLNÁR, *Verantwortung und Gefahrtragung*, cit., 593 s.; ROBAYE, *L'obligation de garde*, cit., 71 ss.; CARDILLI, *Praestare*, cit., 342 s.

[41] Ulp. 14 *ad ed.* D. 4. 9. 3 pr.-1: ... *de facto vectorum etiam Pomponius libro trigensimo quarto scribit* (fr. 69 LENEL). *idem ait, etiamsi nondum sint res in navem receptae, sed in litore perierint, quas semel recepit, periculum ad eum pertinere.* 1. *Ait praetor: 'nisi restituent, in eos iudicium dabo'. ex hoc edicto in factum actio proficiscitur. sed an sit necessaria, videndum, quia agi civili actione ex hac causa poterit: si quidem merces intervenerit, ex locato vel conducto: sed* (Mo.: *scilicet*) *si tota navis locata sit, qui conduxit ex conducto etiam de rebus quae desunt agere potest: si vero res perferendas nauta conduxit, ex locato convenietur: sed si gratis res susceptae sint, ait Pomponius depositi agi potuisse.* Rispetto al passo, rilevano l'alternatività delle azioni sulla base di onerosità ~ gratuità: C. LONGO, *Il deposito*, cit., 17; DE ROBERTIS, *'Receptum nautarum'*, cit., 7 nt. 4; ID., *La responsabilità contrattuale*, cit., II, 1001 nt. 1, 1003; MASCHI, *La categoria dei contratti reali*, cit., 241, 293 ss.; E. VALIÑO, *Las relaciones básicas de las acciones adyecticias*, in «AHDE» 38 (1968) 380; GANDOLFI, *Il deposito*, cit., 130 ss.; MICHEL, *Gratuité*, cit., 59 ss.; ROBAYE, *L'obligation de garde*, cit., 60 s. Contrario all'ipotesi dell'esperibilità dell'*actio depositi* è il DE MARTINO, *Lex Rhodia*, cit., 85 s.

rispetto al mandato, e cioè che vi sono dei testi problematici nei quali sembra prevedersi una *merces* nel deposito.

Si tratta, in particolare, di due frammenti di Ulpiano. Nel primo si sostiene che il criterio di responsabilità del deposito è solo il dolo, in considerazione del fatto che il negozio non fornisce al depositario alcuna *utilitas*; ma questo principio, si precisa, vale solo quando non intervenga nel rapporto una *merces*, oppure si stabilisca sin dall'inizio che il depositario sia responsabile nei limiti della *culpa* o fino al *periculum rei* (Ulp. 28 *ad ed.* D. 13. 6. 5. 2)[42]. Nel secondo si afferma che quando una *res* è stata (*commodata, locata, pignerata* o) *deposita*, è possibile esperire l'*actio vi bonorum raptorum* se è stato previsto nel negozio che il depositario avesse interesse a che la *res* non gli fosse sottratta. In generale, infatti, l'*actio vi bonorum raptorum* è esperibile in tutti quei casi in cui compete l'*actio furti* rispetto ad un atto compiuto *clam*; né, al riguardo, potrebbe obiettarsi che non può esservi *actio furti* in un deposito: l'*actio furti*, infatti, può aversi nel deposito se nel contratto è stato aggiunto che il depositario ha interesse a che la *res* non sia *rapta*, come nel caso in cui sia stata assunta la responsabilità per colpa o sia stato accettato un *pretium depositionis non quasi mercedem* (Ulp. 46 *ad ed.* D. 47. 8. 2. 22-23)[43].

Rispetto a questi due passi, la dottrina più antica tendeva ad applicare comunque i principi generali, appiattendo sulla regola ogni differenza. I glossatori, i commentatori e i culti, ad esempio, sottolineavano il fatto che in entrambi i casi non poteva trattarsi di *merces* vera e propria, perché altrimenti si sarebbe caduti in un'ipotesi di *locatio conductio*[44]; solo sporadicamente veniva riconosciuta la diver-

---

[42] Ulp. 28 *ad ed.* D. 13. 6. 5. 2: *nunc videndum est, quid veniat in commodati actione, utrum dolus an et culpa an vero et omne periculum. et quidem in contractibus interdum dolum solum, interdum et culpam praestamus: dolum in deposito: nam quia nulla utilitas eius versatur apud quem deponitur, merito dolus praestatur solus: nisi forte et merces accessit (tunc enim, ut est et constitutum, etiam culpa exhibetur) aut si hoc ab initio convenit, ut et culpam et periculum praestet is penes quem deponitur.*

[43] Ulp. 46 *ad ed.* D. 47. 8. 2. 22-23: ... *sive commodata res sit sive locata sive etiam pignerata proponatur sive deposita apud me sic, ut intersit mea eam non auferri ... dicendum est competere mihi hanc actionem* (sc. *vi bonorum raptorum*) ... 23. *Et generaliter dicendum est, ex quibus causis furti mihi actio competit in re clam facta, ex hisdem causis habere me hanc actionem. dicet aliquis: adquin ob rem depositam furti actionem non habemus. sed ideo addidi 'si intersit nostra non esse raptam': nam et furti actionem habeo, si in re deposita culpam quoque repromisi vel pretium depositionis non quasi mercedem accepi.*

[44] Cfr. per tutti gl. *merces* ad D. 13. 6. 5. 2; gl. *non quasi mercedem* ad D. 47. 8. 2. 23; entrambe le glosse rinviano all'ipotesi contenuta in D. 16. 3. 1. 9 (su cui cfr. gl. *non dabatur* ad loc.); AZONIS *Summa*, ad C. 4. 34 n. 29, ed. cit., 384; BALDI DE UBALDIS *In*

genza di questi casi dal principio generale e ammessa la possibilità di un deposito retribuito[45]. In tempi più vicini a noi vi è stato chi ha pensato a un pagamento a titolo di liberalità[46] o di rimborso spese[47]. Nel nostro secolo, prescindendo dalle ipotesi interpolazionistiche[48], è stato affermato trattarsi in realtà di locazione (nel senso di una conversione del negozio di deposito in locazione[49]) o di forme di pagamento

---

secundam Digesti Veteris partem commentaria, ad D. 16. 3. 1. 9, ed. Venetiis 1599, 103*v*; BARTOLI A SAXOFERRATO *In secundam Digesti Veteris partem commentaria*, ad D. 16. 3. 1. 9, ed. cit., 96*v*; DUARENI *Commentaria, in tit. De commodato*, cap. I, ed. cit., 952.

[45] Cfr. F. MANTICAE *Vaticanae lucubrationes de tacitis et ambiguis conventionibus*, X. 1. 6, ed. Romae 1613, I, 550: «si merces constituta sit, depositum dici non potest; sed locatio et conductio», ma «si expresse actum sit, quod depositum intelligatur, etiam si salarium constituatur, depositi nomen retinet».

[46] Cfr. GLÜCK, *Pandecten*, cit., XV, 143 = *Pandette*, cit., XVI, 288 (§ 938).

[47] DERNBURG, *Pandekten*, cit., II[8], 741 (§ 349) nt. 4, seguito da M. BALZARINI, *Ricerche in tema di danno violento e rapina nel diritto romano*, Padova 1969, 428 e nt. 152 e, nella sostanza, dal DE ROBERTIS, *La responsabilità contrattuale*, cit., II, 723 nt. 88.

[48] Per le più risalenti, cfr. LEVY - RABEL (cur.), *Index interpolationum*, cit., I, 209, e III, 511. Ma la difficoltà di interpretazione dei passi ha fatto sì che si pensasse ad interpolazioni anche in tempi più recenti: MASCHI, *La categoria dei diritti reali*, cit., 311 s. nt. 181, 375 s. (D. 13. 6. 5. 2), 374 (D. 47. 8. 2. 23); W. LITEWSKI, *Depositary's liability in roman law*, in «AG» 190 (1976) 52 ss.; cfr. anche ID., *Tra mutuo e deposito*, in «Index» 3 (1972) 568; ID., in «ZSS» 105 (1988) 873; GUARINO, *Diritto privato romano*[11], cit., 894 nt. ad 83.4.1; TAPANI KLAMI, *Mutua magis videtur quam deposita*, cit., 162 ss., difende la genuinità di D. 13. 6. 5. 2, ma suppone una parziale interpolazione di D. 47. 8. 2. 23 (*op. cit.*, 221); MICHEL, *Gratuité*, cit., 69 s. (per D. 47. 8. 2. 23); U. BRASIELLO, in «SDHI» 43 (1977) 580; ROBAYE, *L'obligation de garde*, cit., 44 (per D. 44. 8. 2. 23 nella parte *non quasi mercedem*; D. 13. 6. 5. 2 sarebbe genuino: *ibid.*, 39 nt. 37); M. DE BERNARDI, *A proposito della pretesa contrapposizione concettuale tra 'dolus' e 'bona fides' nel linguaggio dei giuristi*, in AA.VV., *Atti del Seminario sulla problematica contrattuale in diritto romano* (Atti Milano, 1987), II, Milano 1990, 148 ss. (solo per D. 13. 6. 5. 2); CANNATA, *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano*, cit., 160, 207 nt. 295. Di interpolazioni solo parziali (ma in parti che qui non interessano) scrive anche NÖRR, *Die Entwicklung des Utilitätsgedankens*, cit., 72 ss., 103 ss., con bibliografia. Si pronunciano per la genuinità (fra gli altri) LEVY, *Obligationenrecht*, cit., 174; ID., *West-östliches Vulgarrecht und Justinian*, cit., 275 s. (sarebbero entrambi eccezioni al principio della gratuità del deposito); per D. 47. 8. 2. 23, BALZARINI, *Ricerche in tema di danno violento e rapina nel diritto romano*, cit., 427 s.; S. TAFARO, *'Regula' e 'ius antiquum' in D. 50. 17. 23. Ricerche sulla responsabilità contrattuale*, I, Bari 1984, 262 s. nt. 99 (per entrambi i passi); per D. 13. 6. 5. 2, CARDILLI, *Praestare*, cit., 476.

[49] Così per D. 13. 6. 5. 2: MICHEL, *Gratuité*, cit., 64, 69 s.; GANDOLFI, *Il deposito*, cit., 142 ss.; cfr. anche LITEWSKI, *Depositary's liability*, cit., 52 ss., ma si ricordi che per l'a. in entrambi i casi si avrebbero interventi giustinianei; ID., *Tra mutuo e deposito*, cit., 568. Per D. 47. 8. 2. 23, la locazione sarebbe testimoniata da *pretium depositionis*; invece *non quasi mercedem* sarebbe insiticio: l'autore dell'interpolazione, perplesso rispetto al dettato classico, avrebbe ipotizzato il caso di un deposito originariamente gratuito, nel quale sarebbe successivamente intervenuto un *pretium* non quale *merces* di una *locatio*, ma a titolo di ricompensa per il depositario, una sorta di *honorarium*: così MICHEL, *Gratuité*, cit., 69 s.

simili all'*honorarium* incontrato nel mandato, tali da non snaturare il negozio[50].

A mio avviso, occorre distinguere tra le due fattispecie. In D. 47. 8. 2. 23, l'espressione *pretium depositionis* allude chiaramente ad un deposito, e — com'è stato notato — nelle fonti non vi sono testimonianze di un uso di *pretium* nel senso di *honorarium*[51]. Forse, in questo caso, occorre pensare ancora una volta ad aperture della giurisprudenza tardo-classica verso la trasformazione di contratti tradizionalmente gratuiti in negozi onerosi[52]. È però interessante rilevare come Ulpiano si preoccupi di precisare che il *pretium depositionis* non vada inteso come una sorta di *merces*: evidentemente, egli riteneva che la *merces* fosse tanto legata al contratto di locazione (e viceversa: cfr. D. 10. 3. 23[53]) da importare una modificazione del negozio, e allora chiarisce che il *pretium depositionis* non è una mercede, ma un corrispettivo interno al deposito. Ora, se questa interpretazione fosse corretta, dovremmo concludere che, con ogni verisimiglianza, in D. 13. 6. 5. 2 — dove si parla senz'altro di *merces* — il giurista pensasse effettivamente ad una conversione del deposito in locazione, e che sottintendesse un'ipotesi simile a quella contenuta in D. 19. 5. 19. 1, nel quale l'*interventio* di una *merces* trasforma in locazione il negozio atipico[54].

Insomma, nonostante la maggiore difficoltà di *definitio*, parrebbe che anche nei rapporti tra locazione e deposito la *merces* abbia mantenuto il suo ruolo distintivo per tutta l'età della giurisprudenza classica.

---

[50] Così GANDOLFI, *Il deposito*, cit., 142 ss., seguito dal BRASIELLO, in «SDHI» 43 (1977), cit., 580 e dal DE BERNARDI, *Dolus e bona fides nel linguaggio dei giuristi*, cit., 160. C. LONGO, *Il deposito*, cit., 18 ss., 23 (che per D. 13. 6. 5. 2 pensava ad una interpolazione del periodo *nisi forte — exhibetur*), rispetto a D. 47. 8. 2. 23 ha ritenuto che con *pretium depositionis* si alludesse ad un «indennizzo per la privazione di utilità che la presenza della cosa depositata arreca al depositario».

[51] Cfr. W. LITEWSKI, in «BIDR» 79 (1976) 283: «es gibt dagegen keine Quellen, wo *pretium* im Sinne von Honorar begegnet».

[52] La possibilità di un deposito retribuito è stata affermata nel nostro secolo da BETTI, *Istituzioni*, cit., II. 1, 372, 376; DE ROBERTIS, *La responsabilità contrattuale*, cit., I, 67 e ntt. 13, 17; 69 e nt. 23; II, 721 s. nt. 79; 723 nt. 88; 728 ntt. 105-106; G. MACCORMACK, *Culpa*, in «SDHI» 38 (1972) 164; WACKE, *Rechtsfragen der römischen Lagerhausvermietung*, cit., 320 e nt. 92.

[53] Su cui cfr. *supra*, cap. IV § 6.

[54] Cfr. *supra*, nt. 6.

4. 'LOCATIO CONDUCTIO' E 'COMMODATUM', 'PRECARIUM', 'DONATIO'.

Le linee di distinzione tra la locazione e gli altri rapporti gratuiti non sono molto diverse da quelle sin qui esaminate.

I limiti entro i quali poteva essere esperita l'*actio commodati* erano discussi già dai *veteres*, afferma Ulpiano[55], e, fra i problemi di definizione 'perimetrale' tra questo e gli altri contratti[56], si colloca anche la necessità di una distinzione con la locazione.

Il problema — che comunque, anche se non abbiamo testimonianze altrettanto esplicite, sembra essersi posto anche ai giuristi precedenti[57] — è presentato, in particolare, da un passo di Ulpiano (Ulp. 28 *ad ed.* D. 13. 6. 5. 12) in cui il giurista commenta un responso di Labeone[58]. *Ego* ha dato a *Tu* una *res* affinché quest'ultimo la consegni in pegno al suo creditore: poiché *Tu* non ha riscattato la cosa per restituirla, si discute sull'*actio* spettante ad *Ego*. Secondo Labeone, ad *Ego* spetterà l'*actio commodati*; ma, aggiunge Ulpiano, qualora sia intervenuta una *merces*, si dovrà agire *ex locato conducto* o (forse quando la *merces* non sia *certa*[59]) mediante un'*actio in factum*[60]. Il passo, come si vede, individua chiaramente nella *merces* il *discrimen* tra i due

---

[55] Ulp. 28 ad ed. D. 13. 6. 5. 11: *nunc videndum, in quibus speciebus commodati actio locum habeat. et est apud veteres de huiusmodi speciebus dubitatum.*

[56] Su cui cfr. F. PASTORI, *Il commodato nel diritto romano*, Milano 1954, 115 ss.

[57] Anche se esplicitata non così chiaramente, la distinzione tra *locatio conductio* e *commodatum* è alla base di un passo di Gaio nel quale si precisa che l'obbligo di *custodiam praestare* nella *locatio conductio* deriva dal *mercedem capere* (cfr. anche Gai. 5 *ad ed. prov.* D. 4. 9. 5 pr.), nel *commodatum* dall'*utendi commodum percipere*, evidenziando implicitamente che la differenza fra l'uno e l'altro contratto è nell'essere l'uno oneroso, l'altro gratuito: Gai. 3. 206: *quae de fullone aut sarcinatore diximus, eadem transferemus et ad eum, cui rem commodavimus. nam ut illi mercedem capiendo custodiam praestant, ita hic quoque utendi commodum percipiendo similiter necesse habet custodiam praestare.* Cfr. MÉNAGER, *'Naulum' et 'receptum rem salvam fore'*, cit., 395. Sui problemi di responsabilità legati al passo, mi limito a rinviare a CANNATA, *Sul problema della responsabilità* (1992), cit., 54, e a CARDILLI, *Praestare*, cit., 487 ss., con bibliografia.

[58] Ulp. 28 *ad ed.* D. 13. 6. 5. 12: *rem tibi dedi, ut creditori tuo pignori dares: dedisti: non repigneras, ut mihi reddas. Labeo* (*ad ed.* fr. 79 LENEL) *ait commodati actionem locum habere, quod ego puto verum esse, nisi merces intervenit: tunc enim vel in factum vel ex locato conducto agendum erit (...).* Il testo termina con un riferimento al mandato (*plane si ego pro te rem pignori dedero tua voluntate, mandati erit actio*) che qui non rileva.

[59] È questa l'interpretazione della gl. *vel ex locato* ad D. 13. 6. 5. 12.

[60] Per un'analisi del passo in ordine ai cd. contratti innominati, che qui non rileva, cfr. BURDESE, *Sul riconoscimento civile dei cd. contratti innominati*, cit., 58; ID., *Osservazioni in tema di cd. contratti innominati*, cit., 150; HAYASHI, *Der Auftrag und die sogenannten Innominatkontrakte*, cit., 181 e 187.

contratti[61], testimoniando una prospettiva accolta nelle Istituzioni di Giustiniano e perpetuata dalla tradizione romanistica[62].

Ancora Ulpiano (Ulp. 69 *ad ed.* D. 41. 2. 10. 2)[63] ci fornisce il criterio di distinzione tra locazione e *precarium*[64]. Il giurista, trat-

---

[61] Sul passo, rispetto all'opposizione locazione ~ comodato, cfr. PASTORI, *Il commodato*, cit., 123 nt. 17; MASCHI, *La categoria dei diritti reali*, cit., 295 (che ritiene interpolate solo le parole *vel in factum vel*). Secondo altri il brano sarebbe interpolato anche nella parte relativa alla *locatio conductio*: cfr. LEVY - RABEL (cur.), *Index interpolationum*, cit., I, 210 e, più di recente, MICHEL, *Gratuité*, cit., 100, seguito da ROBAYE, *L'obligation de garde*, cit., 333 s. (cfr. 313 nt. 46): il testo sarebbe inaccettabile «à cause des erreurs techniques qu'il contient», in quanto se vi fosse stata *merces* il rapporto sarebbe stato inquadrato senz'altro nella *locatio* — il che non spiegherebbe l'*in factum* (e tuttavia cfr. già la Glossa, citata *supra*, ntt. 15 e 59) —, ma l'azione sarebbe solo *locati*, e non anche *ex conducto* (cfr. anche ID., *Le prêt d'usage est-il un contrat de bonne foi en droit romain classique?*, in «RIDA» s. III, 36 [1989] 385). Ma una conferma del principio espresso nel testo — e dunque, in qualche modo, un argomento indiretto per la sua genuinità — troviamo nei brani che, secondo la palingenesi di Lenel (Ulp. 28 *ad ed.* fr. 803 e fr. 804 LENEL), nei *libri ad edictum* di Ulpiano erano immediatamente successivi a questo. Nel primo si dice, citando Viviano (fr. 7 LENEL), che è possibile agire *commodati* quando sia data una *habitatio gratuita*, ma che è più sicuro agire *praescriptis verbis* (Ulp. 28 *ad ed.* D. 19. 5. 17 pr.: *si gratuitam tibi habitationem dedero, an commodati agere possim? et Vivianus ait posse: sed est tutius praescriptis verbis agere*). Nel secondo si sostiene che, quando sia stata *locata* una *habitatio*, la successiva, anche subitanea, *remissio pensionis* non fa venir meno la natura di locazione (Ulp. 28 *ad ed.* D. 19. 2. 5: *si tibi habitationem locavero, mox pensionem remittam, ex locato et conducto agendum erit*).

[62] Cfr. Inst. 3. 14. 2: *commodata autem res tunc proprie intellegitur, si nulla mercede accepta vel constituta res tibi utenda data est. alioquin mercede interveniente locatus tibi usus rei videtur: gratuitum enim debet esse commodatum.* Per la tradizione romanistica, mi limito a richiamare AZONIS *Summa*, ad C. 4. 23 n. 1, ed. cit., 333; DUARENI *Commentaria, in tit. De commodato*, cap. I, ed. cit., 952; Chr. Fr. GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung der Pandecten*, XIII, Erlangen 1811, 449 = *Commentario alle Pandette*, Milano 1906, XIII, 225 (§ 856); WINDSCHEID, *Pandekten*, cit., II^8, 552 = *Pandette*, cit., II, 454 (§ 374); KASER, *Das römische Privatrecht*, cit., I^2, 533 nt. 2.

[63] Ulp. 69 *ad ed.* D. 41. 2. 10. 2: *si quis et conduxerit et rogaverit precario, uti possideret, si quidem nummo uno conduxit, nulla dubitatio est, quin ei precarium solum teneat, quia conductio nulla est, quae est in uno nummo: sin vero pretio, tunc distinguendum, quid prius factum est.*

[64] Naturalmente, i testi in cui locazione e precario si incontrano sono di più; cfr. per tutti G. SCHERILLO, *Locazione e precario*, in «RIL» 52 (1929) 1 ss. (estr.). In questa sede è necessario occuparsi solo dei passi in cui si formulano distinzioni tra i due rapporti. Così come non rilevano i problemi relativi alla supposta origine della locazione dal precario (ipotizzata da COSTA, *La locazione di cose in diritto romano*, cit., 2 ss.), alle analogie riscontrabili tra i due negozi (sulle quali SCHERILLO, *op. cit.*, 3 ss. [estr.]) e al problema dell'avvicinamento — se non addirittura dell'identificazione — tra i due istituti in età postclassica (su cui cfr. le diverse posizioni di E. LEVY, *Vom römischen Precarium zur germanischen Landleihe*, in «ZSS» 66 [1948] 1 ss.; C. SANCHEZ ALBORNOZ, *El 'precarium' en occidente durante los primeros siglos medievales*, in *Études P. Petot*, Paris 1959, 481 ss.; P. ZAMORANI, *Precario habere*, Milano 1969, 75 ss.).

tando dell'interdetto *unde vi*, e dovendo evidentemente determinare se si trattasse di locazione o precario ai fini dell'applicazione dell'interdetto[65], si pone il problema della distinzione tra i due rapporti, e coglie il tratto differenziale ancora una volta nella *merces*, che è presente nella locazione e assente nel precario[66].

Nel *principium*, sulla scia di Pomponio, Ulpiano aveva affermato che, per capire se si tratti di locazione o di precario, occorre verificare quale negozio sia stato stipulato per ultimo[67]. Nel § 1, il giurista aveva precisato anche che, quando il precario sia non di possesso, ma di detenzione, i due istituti possono concorrere[68]. Nel § 2, si aggiunge al criterio temporale quello della *merces*: se la *conductio* è *nummo uno*, non può ritenersi sussistere una vera *merces*[69], e dunque, non potendosi avere locazione, è senza dubbio precario[70]; se invece il *pretium* è *verum*, allora resterà solo il criterio cronologico.

---

[65] Che si accordava al precarista e non al conduttore, cfr. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, cit., II, 816 nt. 2; SCHERILLO, *Locazione e precario*, cit., 12 s.

[66] Non a caso il MAYER-MALY, *Locatio conductio*, cit., 128 s. e il MOLNÁR, *Rechte und Pflichten*, cit., 169 pongono il passo fra quelli che testimoniano la necessità del pagamento della *merces* perché si abbia *locatio conductio*.

[67] Ulp. 69 *ad ed.* D. 41. 2. 10 pr.: *si quis ante conduxit, postea precario rogavit, videbitur discessisse a conductione: quod si ante rogavit, postea conduxit, conduxisse videbitur. potius enim hoc procedere videtur, quod novissime factum est: et hoc Pomponius ait.*

[68] Ulp. 69 *ad ed.* D. 41. 2. 10. 1: *idem Pomponius bellissime temptat dicere, numquid qui conduxerit quidem praedium, precario autem rogavit non ut possideret, sed ut in possessione esset (est autem longe diversum: aliud est enim possidere, longe aliud in possessione esse: denique rei servandae causa, legatorum, damni infecti non possident, sed sunt in possessione custodiae causa): quod si factum est, utrumque procedit.*

[69] La spiegazione della nullità della *locatio nummo uno* offerta dalla Glossa (e ripetuta ancora in FABRI *Rationalia*, ad D. 19. 2. 46, ed. cit., V, 608, che cita Paolo di Castro) è — anziché economica — di ordine filosofico. Cfr. per tutti ROGERIUS, gl. *solum teneat* ad D. 41. 2. 10. 2: «merces in pecunia numerata consistere debet. at unitas non est numerus, sed principium numeri: et ita secundum eum est contractus innominatus». Ma cfr. GLÜCK, *Pandecten*, cit., XVII, 339 nt. 7 = *Pandette*, cit., XIX, 119 nt. 7 (§ 1049). L'ipotesi del BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, cit., III, 20; (cfr. ID., *Textkritische Studien*, cit., 8), accolta dal MAYER-MALY, *Locatio conductio*, cit., 128, di una interpolazione di *quae est in uno nummo* è fondata soltanto su argomenti stilistici e toglie ogni senso giuridico al passo.

[70] Se non è da seguire l'ipotesi del SANCHEZ ALBORNOZ, *El 'precarium' en occidente durante los primeros siglos medievales*, cit., 484 s., il quale evince dal passo qui discusso che in età classica i precaristi erano soliti pagare un *nummus*, d'altra parte non mi pare sostenibile con lo ZAMORANI, *Precario habere*, cit., 105, che nella fattispecie il pagamento non si verifichi affatto, «per la ovvia ragione che la *locatio nummo uno* è nulla». Mi sembra, infatti, che la *locatio* sia *nulla* proprio perché viene pagata solo una moneta, non essendo sufficiente questa a integrare una fattispecie di *locatio conductio*, contratto che richiede la presenza di una *merces*. Se non fosse pagato nulla, si parlerebbe senz'altro di gratuità.

Ulpiano, si badi, non vuole dire che, in assoluto, la differenza tra *precarium* e *locatio conductio* sia data dalla *merces*[71]. Egli intende semplicemente cogliere gli elementi che consentono di ritenere applicabile o meno l'interdetto possessorio, che in caso di locazione dovrebbe essere escluso. Come quasi sempre avviene in ipotesi di definizione 'perimetrale', il giurista si limita ad individuare gli indici di volta in volta più evidenti per qualificare il rapporto. E, quando ha raggiunto il suo scopo, si ferma, non proseguendo nell'analisi per individuare tutti gli aspetti della differenza tra gli istituti.

Infine, rispetto alla definizione 'perimetrale' tra locazione e d o n a z i o n e, l'opposizione insanabile tra i due rapporti è affermata laconicamente da Paolo, in un frammento già analizzato in altre sue parti[72]: (sc. *locatio*) *donationis causa contrahi non potest* (Paul. 34 *ad ed.* D. 19. 2. 20. 1). Ulpiano ci fornisce qualche elemento in più, indicando il criterio distintivo tra i due rapporti, e cioè la *merces*: se que-

[71] In sede dogmatica una distinzione fondata soltanto sul criterio dell'onerosità sarebbe erronea, perché fra locazione e precario le differenze sono molte (cfr. per tutti PEROZZI, *Istituzioni*, cit., I², 880): innanzitutto, la tutela per il precarista non si fonda su *actiones*, ma è meramente interdittale; poi il precario sembra non essere, come invece la locazione, un contratto — se non nella prospettiva giustinianea (cfr. per tutti ZAMORANI, *Precario habere*, cit., 198 ss.) o forse in quella sabiniana (cfr. Ulp. 29 *ad Sab.* D. 50. 17. 23 e TAFARO, *'Regula' e 'ius antiquum'*, cit., I, 134 nt. 84; CARDILLI, *Praestare*, cit., 415). E, fra tutte, rileva particolarmente il fatto che nel precario — almeno in quello di possesso — al precarista viene attribuito il possesso, e non, come nella locazione, la semplice detenzione (cfr. per tutti Iav. 7 *ex Cass.* D. 41. 2. 21. 3: *qui alienam rem precario rogavit, si eandem a domino conduxit, possessio ad dominum revertitur*), cosicché una differenziazione tra i due istituti fondata unicamente sulla *merces* avrebbe senso solo in una comparazione tra locazione e precario di detenzione, istituto la cui ammissibilità è, per l'età classica, alquanto discussa: come ricorda lo ZAMORANI, *Precario habere*, cit., 119 nt. 5, fino a V. SCIALOJA, *Sopra il 'precarium' nel diritto romano*, Roma 1878 = *Studi giuridici*, I, Roma 1933, 12, essa era incontestata, ma, successivamente, è stata criticata da P. CIAPESSONI, *Il precarista detentore*, in *Atti del I Congresso di studi romani*, II, Roma 1929, 199 ss.; E. ALBERTARIO, in «AG» 102 (1929) = *Studi di diritto romano*, VI, Milano 1953, 579 ss.; ID., *Il possesso*, Milano 1939 = *La involuzione del possesso del precarista, del creditore pignoratizio e del sequestratario nel diritto postclassico giustinianeo*, in *Studi di diritto romano*, II, Milano 1941, 141 ss.; V. SILVA, *Precario con possesso e precario con detenzione*, in «SDHI» 6 (1940) 233 ss.; ZAMORANI, *Precario habere*, cit., 121 ss. La teoria più antica è stata ripresa da SCHERILLO, *Locazione e precario*, cit., 8 ss.; S. TONDO, *'Pignus' e 'precarium'*, in «Labeo» 6 (1959) 191 s. e nt. 47; KASER, *Das römische Privatrecht*, cit., I², 388 e nt.30; ID., *Zur Geschichte des 'precarium'*, in «ZSS» 89 (1972) 94 ss., spec. 105; ID., *Besitzpfand und 'besitzloses' Pfand (Studien zum römischen Pfandrecht. III)*, in «SDHI» 45 (1979) 50, 55; G. PROVERA, in «Index» 1 (1970) 385; P. VAN WARMELO, in «TR» 39 (1971) 117; G. LONGO, *Negozi giuridici collegati e negozi su cosa propria*, in «SDHI» 45 (1979) 103. In ogni caso, nel brano in esame Ulpiano è esplicito: la *rogatio precarii* è finalizzata al possesso: *uti possideret*.

[72] Cfr. *supra*, cap. IV § 4.

sta è meramente fittizia (*nummo uno*), non può parlarsi di locazione, quanto piuttosto di *donatio* (Ulp. 69 *ad ed.* D. 19. 2. 46)[73].

Già Pomponio aveva indicato nella *merces* il criterio distintivo tra *locatio conductio* e *gratis habitare*, inteso come donazione, ma senza preoccuparsi di distinguere particolarmente tra *locatio* e *donatio*, quanto piuttosto al fine di definire il *gratis habitare*[74]. Più interessante è la lettura di un passo di Papiniano nel quale si riporta il caso di un giovane, Aquilio Regolo, che aveva lasciato l'*usus* e l'*habitatio* di un proprio *cenaculum* al retore Nicostrato — in considerazione dell'amicizia di quest'ultimo con il padre, e come ringraziamento per il suo esempio di *eloquentia* e *diligentia* — usando la formula *dono et permitto*. Morto Regolo, Nicostrato era stato coinvolto in una controversia e si era rivolto a Papiniano. Il giurista suggerisce, come difesa, di affermare che non si trattava di donazione, ma di una sorta di *merces* per l'*officium* di Nicostrato come *magister*[75]. Non sappiamo se Papiniano avesse in mente una vera e propria locazione, posta la natura del corrispettivo, che egli definisce come 'una sorta' di mercede (*quaedam merces*), ma il termine di riferimento del giurista è evidentemente un rapporto almeno simile alla *locatio conductio*.

---

[73] Ulp. 69 *ad ed.* D. 19. 2. 46: *si quis conduxerit nummo uno, conductio nulla est, quia et hoc donationis instar inducit.* La distinzione tra locazione e donazione sulla base della *merces*, e in relazione a questo passo, è sottolineata da E. BETTI, *Bewußte Abweichung der Parteiabsicht von der typischen Zweckbestimmung ('causa') des Rechtsgeschäfts*, in *Festschrift P. Koschaker*, I, Weimar 1939, 315 e MOLNÁR, *Rechte und Pflichten*, cit., 169. Va notato che il testo è verisimilmente geminato da D. 41. 2. 10. 2, e quand'anche fosse interpolato nella frase finale (*quia ... inducit*) — come proposto da BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, cit., III, 20 (cfr. 129); ID., *Textkritische Studien*, cit., 8; J. PARTSCH, *Die Lehre vom Scheingeschäfte im römischen Rechte*, in «ZSS» 42 (1921) 263; G. LONGO, *Sulla simulazione dei negozi giuridici*, in *Studi S. Riccobono*, III, Palermo 1936 = *Ricerche romanistiche*, Milano 1966, 1 ss., spec. 25 s.; cfr. ID., *Negozi giuridici collegati e negozi su cosa propria*, cit., 103; MAYER-MALY, *Locatio conductio*, cit., 128 s. (*contra* DE ROBERTIS, *I rapporti di lavoro*, cit., 147 nt. 3) — sarebbe comunque legittimo ritenere (come riconosce anche il MAYER-MALY, *op. ult. cit.*, 129) che l'eventuale autore dell'inserimento avesse ben presente il principio esposto da Paolo, e che dunque la regola sia nella sostanza classica.

[74] Cfr. Pomp. 33 *ad Sab.* D. 39. 5. 9 pr.: *in aedibus alienis habitare gratis donatio videtur: id enim ipsum capere videtur qui habitat, quod mercedem pro habitatione non solvit. potest enim et citra corporis donationem valere donatio, velut si donationis causa cum debitore meo paciscar, ne ante certum tempus ab eo petam.*

[75] Pap. 29 *quaest.* D. 39. 5. 27: *Aquilius Regulus iuvenis ad Nicostratum rhetorem ita scripsit: 'quoniam et cum patre meo semper fuisti et me eloquentia et diligentia tua meliorem reddidisti, dono et permitto tibi habitare in illo cenaculo eoque uti'. defuncto Regulo controversiam habitationis patiebatur Nicostratus et cum de ea re mecum contulisset, dixi posse defendi non meram donationem esse, verum officium magistri quadam mercede remuneratum Regulum ideoque non videri donationem sequentis temporis irritam esse (...).* Sul passo, per profili che qui non rilevano, cfr. GROSSO, *Usufrutto e figure affini*², cit., 485 s.

Non mi sembra necessario approfondire ulteriormente l'esame dei passi sopra richiamati perché, per i profili che ci interessano, i testi non pongono particolari problemi. Credo, però, che da questa pur veloce rassegna sia emerso almeno un risultato.

I passi della giurisprudenza tardo-classica confermano la centralità della *merces* nell'individuazione della locazione. Superate le discussioni circa la definizione 'perimetrale' tra locazione e compravendita, divenute meno pressanti le esigenze di definizione dei *nova negotia*, nel momento in cui comincia a venir meno il carattere di gratuità di altri rapporti, si pongono nuove esigenze di definizione 'perimetrale', e i giuristi assumono la *merces* come l'unico elemento in grado di consentire l'individuazione delle *actiones locati* e *conducti*.

5. APPENDICE. LA SISTEMAZIONE GIUSTINIANEA.

L'esame degli sviluppi del contratto in età postclassica non è ai nostri fini necessario, perché non influisce — se non nei modi già descritti — sulla ricostruzione del pensiero dei giuristi romani e sull'analisi degli sviluppi dell'interpretazione del *Corpus iuris* nella tradizione romanistica. Le fonti postclassiche, in altre parole, hanno più che altro un valore storico per l'epoca cui si riferiscono, ma non influiscono significativamente sulla soluzione del nostro problema dogmatico. Basti, dunque, rinviare alle opere classiche sul tema[76].

Maggiore attenzione merita invece l'esame degli esiti giustinianei, per l'influenza che la sistemazione operata dai compilatori ha avuto sulla nascita di molte apparenti 'regole' che gli interpreti, talora, riferiscono alla giurisprudenza classica. Va precisato comunque che, al di là di questa necessaria presa di coscienza, le fonti giustinianee non riservano molte novità[77]. La trattazione della *locatio conductio* contenuta nelle Istituzioni ricalca essenzialmente quella gaiana, discostandosene talora per inserire regole tratte da passi di altri giuristi classici o da costituzioni imperiali.

Da un lato vengono ripetute le distinzioni individuate dalla giurisprudenza classica (come rispetto a comodato e mandato[78]), dall'altro vengono

[76] Mi riferisco, ovviamente, a LEVY, *Obligationenrecht*, cit., 249 ss., e a KASER, *Das römische Privatrecht*, cit., II^{2}, 400 ss.

[77] Non mi sembra, in particolare, che le fonti giustifichino l'affermazione del GUARINO, *Diritto privato romano*[11], cit., 927, per cui la locazione, gradualmente articolata in *species* durante il periodo classico, giunse, nel diritto giustinianeo, ad essere distinta addirittura in «tre contratti (tre *genera*) diversi».

[78] Inst. 3. 14. 2 (*commodatum*); 3. 26. 13 (*mandatum*). Cfr. anche Inst. 4. 4. 8 e 4. 5. 1 (*gratis habitare*).

superate molte discussioni. Alludo, in particolare, ai dibattiti relativi alla determinazione della *merces* da parte di un terzo o ad una delle parti, risolta con una costituzione di Giustiniano[79]. Alla distinzione tra scambio di *res utendae fruendae* e locazione, in cui si adotta la soluzione proculeiana[80] — pur conservandosi, nel Digesto, esempi della dottrina contraria, il che creerà qualche problema ai commentatori bizantini[81]. Alla distinzione tra locazione e compravendita rispetto alle concessioni di fondi *in perpetuum*, in cui si richiama la costituzione di Zenone che riconduce la fattispecie al *contractus emphyteuseos*[82]; o rispetto alle committenze su materiale dell'artefice, che viene risolta in senso sabiniano[83] — il che riduce al ruolo di eccezione il *genus* delle *res locatae* che possono restituirsi nel *tantundem eiusdem generis*, premessa della concezione di una locazione 'irregolare'[84], e costringe Cirillo ad interpretare il dettato di D. 19. 2. 22. 1 (*quotiens autem faciendum aliquid datur, locatio est*) alla luce di D. 18. 1. 20, ossia nel senso che l'*aliquid* indicherebbe il suolo (ἔδαφος) sul quale l'artefice può edificare con propri materiali[85].

Forse accogliendo premesse postclassiche[86], anche la nummarietà della *merces* diviene regola necessaria: è emblematico che la parafrasi di Teofilo aggiunga alle considerazioni gaiane circa la necessaria 'certezza' della *merces*, e alle considerazioni ulpianee sulla distinzione tra locazione e comodato[87], anche l'affermazione che il μίσθωμα deve essere ἐν ἀργυρίῳ[88], e altrettanto chiare sono al riguardo le fonti bizantine successive[89].

Come è avvenuto anche in altri ambiti, insomma, la sistemazione data dai compilatori giustinianei alla materia ha superato lo *ius controversum* dei giuristi classici, e ha mutato i variegati indirizzi dei *prudentes* in vere e pro-

---

[79] Inst. 3. 24. 1. Cfr. *supra*, cap. IV § 7.

[80] Inst. 3. 24. 2. Cfr. *supra*, cap. IV § 6.

[81] Cfr. la contraddizione, nell'interpretazione di D. 19. 2. 35. 1 (su cui cfr. *supra*, cap. IV § 6), tra le affermazioni contenute nello sch. κοινόν (1) ad Bas. 20. 1. 34 (SCHELTEMA, B. III, 1197), in cui si ammette la possibilità di dare i frutti al posto della *merces*, e lo sch. εἰ γὰρ (4) ad loc. (SCHELTEMA, B. III, 1198), in cui si afferma che, se la *merces* non è stata definita, non si tratta di locazione, ma di ἀντίχρεσις, e si agisce non *ex locato*, bensì *praescriptis verbis*.

[82] Inst. 3. 24. 3.

[83] Inst. 3. 24. 4. Cfr. *supra*, cap. IV §§ 2 e 3.

[84] Cfr. sch. [ψιλῇ] (1) ad Bas. 20. 1. 1 (SCHELTEMA, B. III, 1170).

[85] Cfr. sch. Κυρίλλου. ὁ διδοὺς (2) ad Bas. 20.1.22 (SCHELTEMA, B. III, 1187): ὁ διδούς τι ποιητέον, οἷον ἔδαφος, ἵνα κτίσῃ ἐξ ἰδίων ὑλῶν, λοκάτι κινεῖ.

[86] Cfr. Paul. 5 *quaest.* D. 19. 5. 5. 2, su cui *supra*, cap. IV nt. 184.

[87] Per il rapporto tra la prima parte del testo e Gai. 3. 144, cfr. per tutti CHIAZZESE, *Confronti testuali*, cit., 441 s. Per la seconda parte, cfr. Ulp. 28 *ad ed.* D. 19. 5. 17. 3, cui nelle Istituzioni viene aggiunto il riferimento alla *locatio conductio* contenuto in un altro passo del medesimo libro *ad edictum* (Ulp. 28 *ad ed.* D. 13. 6. 5. 12).

[88] Theoph. *paraphr.* 3. 24 pr. e 2.

[89] Cfr. per tutti sch. [ψιλῇ] (1) ad Bas. 2. 1. 1 (SCHELTEMA, B. III, 1170), su cui cfr. *supra*, cap. IV nt. 183.

prie regole ed eccezioni che si trasmetteranno, attraverso l'interpretazione del *Corpus iuris*, alla tradizione romanistica.

CAPITOLO SESTO

UNO SGUARDO D'INSIEME. LA TIPICITÀ DELLA 'LOCATIO CONDUCTIO' NELLA DOGMATICA DEI GIURISTI ROMANI

1. PREMESSA.

Il percorso di ricerca sin qui condotto può essere diviso, mi sembra, sostanzialmente in tre fasi.

Una prima fase è costituita dalle testimonianze di età repubblicana. È questa l'epoca in cui i giuristi si preoccupano fondamentalmente di mettere a fuoco le obbligazioni principali tra le parti. Si tratta di un'esigenza che avvertiamo già nell'opera della giurisprudenza cautelare testimoniata dai formulari catoniani, ma che trova espressione soprattutto nell'attività rispondente di Servio e della sua scuola. In particolare il problema dell'equilibrio tra le prestazioni, che già in Catone trovava spazio in alcune clausole negoziali, viene analizzato, chiarito, giustificato da Servio nelle soluzioni di tutta una serie di casi concreti che però, a poco a poco, finiscono per creare delle regole, ripetute ed applicate per tutta l'età classica della giurisprudenza[1].

Una seconda fase è rappresentata da quei frammenti nei quali è testimoniata una particolare attenzione dei giuristi per le distinzioni tra i vari assetti di interessi rientranti in una locazione. In questa dire-

[1] Oltre a quanto si dirà di seguito, sulla conservazione di queste regole strutturali cfr. brevemente *supra*, cap. IV nt. 1 e cap. V nt. 1.

zione sono soprattutto importanti, come abbiamo visto, i contributi di Labeone e di Giavoleno[2].

Una terza fase, parzialmente contemporanea alla seconda, coincide con la preoccupazione dei giuristi del principato di distinguere 'perimetralmente' la locazione da altri rapporti, al fine di disegnarne lo spazio all'interno del sistema contrattuale romano. Questa fase può ulteriormente essere suddivisa in due momenti. Dapprima, l'interesse dei giuristi si concentra sulla distinzione tra locazione e compravendita, e tra locazione e *nova negotia*. Successivamente, con l'offuscarsi del carattere di gratuità di molti rapporti (mandato, deposito, comodato, ecc.), i *prudentes* avvertono l'esigenza di soffermarsi sull'individuazione dei criteri di distinzione tra questi e la *locatio conductio*.

A questo punto, al termine dell'analisi, mi sembra necessario raccogliere i dati emersi nelle singole esegesi e tentare di ricostruire sinteticamente le linee di sviluppo della concezione romana della *locatio conductio*.

2. LO SCHEMA OBBLIGATORIO FONDAMENTALE DELLA 'LOCATIO CONDUCTIO'.

Innanzitutto, credo che l'esame delle soluzioni dei giuristi repubblicani — che abbiamo indicato come prima fase — sia particolarmente utile al fine di ricostruire lo schema obbligatorio comune a tutte le ipotesi di locazione. Se infatti alcune posizioni dei *veteres* saranno abbandonate e criticate da talune correnti della giurisprudenza posteriore — e penso soprattutto alla svolta sabiniana circa il problema del trasferimento del *dominium* —, altre linee ricostruttive saranno eventualmente ampliate e approfondite ma mai contestate, tanto da essere ripetute ancora dai giuristi tardo-classici. Poiché mi sembra che queste linee rappresentino un modello per l'intera storia del contratto, credo sia possibile iniziare la ricostruzione prendendo lo spunto da alcuni responsi della scuola di Servio, per poi confrontarli con le affermazioni dei giuristi posteriori.

Partiamo da D. 19. 2. 15. 2[3]. L'*actio conducti*, scrive Ulpiano, spetta al conduttore soprattutto quando non gli sia stato permesso di

[2] Ma cfr. anche Ulp. 14 *ad ed.* D. 4. 9. 3. 1, su cui cfr. *supra*, cap. V § 3 e nt. 41.
[3] Su cui cfr. *supra*, cap. II § 2.

godere della cosa condotta. Per esemplificare quanto affermato, il giurista severiano cita un responso di Servio in cui si sostiene che il locatore di un fondo è tenuto a *praestare uti frui*, e che il conduttore sarà obbligato a *praestare mercedem* solo quando un *uti frui* sia stato effettivamente prestato. Il passo, particolarmente se letto insieme ad altri responsi della scuola di Servio[4], testimonia chiaramente la stretta interdipendenza tra le due prestazioni dell'*uti frui* e della *merces*, che sarà un principio mai più posto in discussione dalla giurisprudenza successiva — tanto da essere ripetuto, come si è visto, ancora da Ulpiano[5].

Passiamo a D. 40. 7. 14 pr.[6]. In questo testo, come si ricorderà, Servio instaura un'analogia tra il *locare fundum fruendum* e il *locare operas* — anzi, tra il *mercedem dare pro fructu fundi* e il *mercedem dare pro operis* — sulla quale è costruita la soluzione del responso, e che si regge su un'assimilazione delle *operae* al *fructus fundi*. Il passo, in sé e per sé, non consente di andare molto al di là di questa constatazione. Ma forse il senso del discorso serviano si può comprendere rivolgendosi ai testi di giuristi posteriori. Da frammenti di Labeone, Gaio e Paolo[7], sappiamo infatti che i *prudentes* — sembrerebbe, senza esitazioni — consideravano le *operae* al pari di un *uti frui*. (Si badi, non come *fructus* naturalisticamente inteso, ossia come *res*, bensì come 'reddito'[8]: non bisogna dimenticare che in latino il termine *opera* indica propriamente l'attività vista nei suoi profili produttivi[9]). E allora viene naturale concludere che anche nella locazione di *operae*, come in quella di *res*, lo schema fondamentale del rapporto locativo fosse individuato dai giuristi romani nello scambio di *merces* contro *uti frui*

---

[4] Cfr. *supra*, cap. II § 2.5.

[5] Peraltro, a questo riguardo può essere utile portare l'attenzione su un passo delle Istituzioni giustinianee nel quale — trattando della distinzione tra comodato e locazione — si afferma esplicitamente ciò che dai testi dei giuristi classici può essere solo desunto, e cioè che nel comodato si dà (gratuitamente) una *res utenda*, mentre nella locazione si loca (onerosamente) l'*usus rei*. Cfr. Inst. 3. 14. 2: *item is cui res aliqua utenda datur, id est commodatur, re obligatur et tenetur commodati actione. (...) commodata autem res tunc proprie intellegitur, si nulla mercede accepta vel constituta res tibi utenda data est. alioquin mercede interveniente locatus tibi usus rei videtur: gratuitum enim debet esse commodatum.*

[6] Su cui cfr. *supra*, cap. II § 3.

[7] D. 7. 8. 12. 6; D. 7. 7. 3 e 4; D. 6. 1. 79, su cui cfr. *supra*, cap. III § 4.3.

[8] Cfr. ancora *supra*, cap. III § 4.3.

[9] Il vocabolo è etimologicamente legato a *ops*: cfr. ERNOUT - MEILLET, *Dictionnaire étymologique de la langue latine*[4], cit., 464 s.; WALDE - HOFMANN, *Lateinisches etymologisches Wörterbuch*, cit., II[3], 216.

(= *opera*). Tutto ciò, oltretutto, viene confermato da quei passi — di Marcello e di Paolo[10] — nei quali si sottolinea la necessità di un rapporto proporzionale tra il tempo di prestazione delle *operae* e l'entità della *merces*, secondo uno schema di equilibrio tra mercede e tempo di godimento che abbiamo incontrato già in Alfeno in ipotesi di cd. *locatio rei*.

Giungiamo, infine, a D. 19. 2. 30. 3[11]. L'analisi di questo passo aveva confermato un dato emerso nell'esame dei formulari catoniani[12], e che abbiamo ritrovato e approfondito nell'esegesi dei frammenti di Cassio[13], Gaio[14], Pomponio[15], Paolo[16] e, soprattutto, Giavoleno[17]. Mi riferisco al fatto che, nelle fattispecie di *locatio* cd. *operis*, anche se il conduttore si obbliga ad un risultato, la *merces*[18] è sempre data *pro opera*, ossia in ragione dell'attività posta in essere dall'artefice[19]. Questo punto è riconosciuto non solo dai Proculeiani, per i quali — se è loro la dottrina propugnata da Paolo in D. 19. 2. 22. 2 — la previsione del requisito dell'*opera* all'interno del contratto comportava sempre una qualificazione del negozio come locazione; ma anche dai Sabiniani, pur se questi, nella distinzione della *locatio* dall'*emptio*, attribuivano rilievo unicamente al criterio del passaggio di proprietà. Anzi, paradossalmente, è proprio nella prospettiva sabiniana che emerge maggiormente il valore dell'*opera*[20]: se infatti i materiali devono essere

---

[10] Cfr. *supra*, cap. II nt. 205.

[11] Cfr. *supra*, cap. II § 4.

[12] Cfr. *supra*, cap. I § 2.3 *sub* C.*d* (ma cfr. anche § 2.2, rispetto al *villam aedificandam locare* di Cat. *agr.* 14)

[13] Cfr. *supra*, cap. IV § 3.1.

[14] Cfr. *supra*, cap. IV § 3.1.

[15] Cfr. *supra*, cap. I § 4.2.

[16] Cfr. *supra*, cap. IV § 4.

[17] Cfr. *supra*, cap. IV § 9.

[18] Comunque si sia stabilito di pagarla: *uno pretio*, per un *opus* locato *aversione*; oppure *in pedes mensurasve*; o *in singulas operas* (*dies*).

[19] E solo eventualmente per i materiali, quando forniti dal costruttore: nella prospettiva repubblicana (cfr. Alfeno in D. 19. 2. 30. 3: *pro lapide*) e proculeiana (forse adottata da Paolo in D. 19. 2. 22. 2).

[20] Questo profilo è stato notato già dal BEHRENDS, in «ZSS» 96 (1979), cit., 354 e nt. 7; ID., *Die Rechtsformen des römischen Handwerks*, cit., 197 ss. e nt. 286, il quale tuttavia lo limita alla giurisprudenza dei *veteres* e alla scuola sabiniana, e lo intende come una forma di indifferenziazione dogmatica tra *locatio operis* e *locatio operarum*. Mi sembra invece che vi siano indizi (e in particolare la probabile dipendenza di Paolo da posizioni proculeiane) per estendere la prospettiva ai Proculeiani, e per non leggere in termini di indifferenziazione il rilievo dell'*opera* nella *locatio operis*: in questo senso, mi sembra significativo proprio il passo di Giavoleno (D. 19. 2. 51. 1; cfr. al riguardo *supra*, cap. IV nt. 236).

obbligatoriamente forniti dal committente, per cosa sarà pagata la *merces* se non *pro manupretio, pro opera, pro arte*[21]?

Al riguardo, come abbiamo a suo tempo rilevato, è piuttosto significativa la posizione di Cassio. Questi, nel proporre la sua *media sententia*, non intende scindere la committenza in una compravendita e in un contratto di lavoro 'subordinato', come parte della dottrina ha ipotizzato. Egli pensa, piuttosto, ad un rapporto nel quale l'artefice fornisce la *materia*, trasferendola mediante *emptio venditio*, e si obbliga alla realizzazione degli *anuli*: rispetto a questo secondo negozio, l'*artifex* viene pagato *pro opera*[22], ma nell'ambito di una *locatio* cd. *operis*.

In Giavoleno tutto ciò risulta ancor più chiaramente. Egli ammette senz'altro che in una *locatio operis faciendi* la *merces* possa essere computata per le singole giornate di lavoro: non è la modalità di pagamento a distinguere l'appalto dalla regìa o dal contratto di lavoro subordinato, scrive il giurista, ma il tipo di responsabilità assunta dal costruttore. In tutte e tre le ipotesi la *merces* è pagata *pro opera*, e dunque in tutte e tre le ipotesi si potrebbe ammettere un corrispettivo calcolato sulle singole giornate di lavoro; ma gli assetti di interessi mutano a seconda delle modalità di prestazione della propria *opera* da parte dell'artefice.

In conclusione, sembra potersi affermare che anche nella *locatio* di un *opus faciendum* lo schema fondamentale del rapporto sia dato dallo scambio di *merces* contro *opera*, cioè contro *uti frui*.

Substrato comune a tutte le fattispecie di locazione parrebbe dunque essere il sinallagma *merces-uti frui*.

Esso compare in tutte le figure negoziali, anche se in forme diverse: come semplice concessione retribuita di godimento, nella locazione di *res fruendae* e di *operae*; oppure come prestazione di *operae* finalizzate ad uno scopo, nel caso in cui il conduttore assuma una obbligazione per il risultato.

Non solo. Poiché, come abbiamo notato nell'analisi del frammento di Elio Gallo[23], i giuristi romani guardavano alla stessa *merces*

---

[21] Per quest'ultima espressione, cfr. Gai. 5 *ad ed. prov.* D. 4. 9. 5 pr.

[22] Il plurale *operarum*, come abbiamo visto (*supra*, cap. IV § 3.1), fa forse riferimento ad un computo della *merces* sulle giornate lavorative, secondo un assetto di interessi che risulta anche da Giavoleno (D. 19. 2. 51. 1, su cui *infra* in testo).

[23] D. 22. 1. 19 pr., su cui cfr. *supra*, cap. I § 3.

come ad una forma di *frui*[24], potremmo ipotizzare che, in fondo, essi considerassero la *locatio conductio* come una sorta di scambio di godimento: una parte attribuisce l'*uti frui* su una *res* o l'*opera* di una *persona*; l'altra conferisce una *merces* che è essa stessa *frui*. Sembrerebbe, insomma, che la locazione fosse vista come la messa a frutto di un bene o di forze lavorative, realizzata affidandone ad altri lo sfruttamento[25]: come scriveva Ulpiano, infatti, *et qui locat utitur*[26].

Peraltro, se inserita in questa prospettiva — che, allo stato delle fonti, parrebbe condivisa da tutti i *prudentes* — si comprende meglio anche la teoria sabiniana circa la riconducibilità a locazione dello scambio di *res utendae fruendae*[27]. Evidentemente per i Sabiniani, così come la compravendita era considerata essenzialmente scambio di beni (coincidenti o meno con la *pecunia*), la locazione consisteva essenzialmente in uno scambio di *uti frui*: da un lato, godimento della *res fruenda* o dell'*opera*; dall'altro, godimento della *res fruenda* (e dell'*opera*?)[28], oppure reddito in denaro o in frutti (nella locazione parziaria). Al riguardo, l'opposizione dei Proculeiani era forse motivata — come nella compravendita — non da una diversa concezione del contratto, ma unicamente dalla necessità di distinguere le parti del rapporto. È infatti significativo che vi siano elementi per ipotizzare che gli stessi Proculeiani non ponessero come requisito necessario la pecuniarietà della *merces*: a ben vedere, anche uno scambio di *res*

---

[24] Che la prospettiva di Elio Gallo sia stata mantenuta per tutta l'età classica è mostrato non solo dalla citazione di Gaio, ma anche da alcuni frammenti di Papiniano e Ulpiano, che ripetono considerazioni analoghe (cfr. *supra*, cap. I § 3).

[25] Quanto affermato in testo si accorda parzialmente con le conclusioni del VIGNERON, *La conception originaire de la 'locatio conductio' romaine*, cit., 513, per il quale «au-delà des schémas juridiques imaginables, il s'agit chacque fois du même phénomène économique: la *mise en valeur d'un bien, grâce au travail d'autrui*». Ma credo di dover dissentire dalla ricostruzione dello studioso belga rispetto alla sua sottovalutazione dei profili dogmatici del problema (l'a. afferma infatti, *loc. ult. cit.*, che «l'habillage juridique est secondaire»). A mio avviso l'unitarietà economica si riflette sullo schema obbligatorio e dunque sull'unitarietà di azione.

[26] Il passo è relativo alle facoltà dell'usufruttuario: Ulp. 17 *ad Sab.* D. 7. 1. 12. 2: *usufructuarius vel ipse frui ea re vel alii fruendam concedere vel locare vel vendere potest: nam et qui locat utitur, et qui vendit utitur.*

[27] Cfr. *supra*, cap. IV § 6.

[28] Che i Sabiniani ritenessero riconducibile a locazione anche lo scambio di *operae* potrebbe dedursi *a contrario* da quanto afferma Ulpiano in D. 16. 3. 1. 9 (se si scambiano le *operae* non è locazione, ma si agisce *praescriptis verbis*: cfr. *supra*, cap. V nt. 6), posto che in D. 10. 3. 23 il giurista severiano mostra di seguire la prospettiva proculeiana (cfr. *supra*, cap. IV § 6). Ma non disponiamo di testi che confermino direttamente una simile congettura.

utenda fruenda contro *res* (lo schema della locazione parziaria) avrebbe consentito di distinguere tra loro i contraenti[29].

3. IL RUOLO DELLE DEFINIZIONI «PERIMETRALI»: IL SINALLAGMA 'MERCES-UTI FRUI' COME SCHEMA OBBLIGATORIO «TIPICO» DELLA LOCAZIONE.

Quanto detto sinora non è però sufficiente per affermare che il sinallagma *merces-uti frui* costituisse l'obbligazione 'tipica' della *locatio conductio*. La rilevanza della *merces* e dell'*uti frui* nella locazione è generalmente riconosciuta dalla dottrina, ma ciò non ha impedito, ad esempio all'Amirante, di considerare questi due elementi del tutto inessenziali ai fini della tipicità[30].

Per comprendere quale fosse il valore di questo sinallagma in termini di tipicità, occorre confrontarlo con i risultati raggiunti attraverso l'analisi delle definizioni 'perimetrali' della *locatio conductio* — ossia di quei testi che costituiscono, nella classificazione inizialmente proposta, il terzo gruppo.

Al riguardo, è bene precisare che, se si vuole realmente cogliere la tipicità della *locatio conductio*, occorre prestare attenzione a t u t t e le forme di definizione 'perimetrale' della locazione. Se — come l'Amirante — ci limitassimo a tener conto dei soli problemi di distinzione con la compravendita, rischieremmo di guardare solo ad una delle due prestazioni. Ma la singola prestazione non consente di cogliere la tipicità del contratto: il pagamento della *merces*, da solo, non distingue la locazione dalla compravendita; né la concessione di uso dal comodato; né l'*opera* dal mandato, ecc. È unicamente attraverso il coordinamento tra tutte le varie 'definizioni' che si può tentare di rintracciare la struttura tipica del negozio. I giuristi romani, infatti, non ragionando in termini di definizione 'sostanziale', non si preoccupavano di individuare ogni volta tutti gli elementi tipici del contratto, ma solo quelli in concreto utili rispetto alla fattispecie esaminata. E tuttavia è chiaro che, anche se una definizione 'perimetrale' contiene solo alcuni criteri differenziali, il fatto che il giurista abbia sottaciuto quelli non rilevanti per la soluzione del caso concreto non significa che li abbia rinnegati; semplicemente, egli li sottintende perché nel caso specifico non sono utili[31].

---

[29] Cfr. *supra*, cap. IV § 6.

[30] Cfr. *infra*, in questo stesso paragrafo.

[31] Oltretutto, va rilevato che, se si coordinano tra loro le varie definizioni 'perimetrali', non solo si finisce per concludere che i *prudentes* rintracciavano la tipicità della locazione nel sinallagma *merces-uti frui* (cfr. *infra*, in testo), ma si perviene a conclusioni che

Un simile esame ha condotto all'individuazione dei seguenti criteri:

a) assenza di trasferimento del *dominium*, che per i Sabiniani è un criterio assoluto (nel senso che nella locazione non può mai aversi un passaggio di proprietà)[32], mentre per i Proculeiani — e verisimilmente già per i giuristi tardo-repubblicani — è un criterio utile a definire la locazione soltanto indirettamente (nel senso che quando le parti si siano accordate affinché non passi la proprietà, il negozio non può essere compravendita, e allora può essere locazione)[33];

b) *opera*, che i Sabiniani tendono a svalutare come elemento differenziale[34], ma che per i Proculeiani — e verisimilmente già per i giuristi tardo-repubblicani — è tanto importante da consentire di distinguere la locazione dalla compravendita anche nei casi in cui si realizzi un trasferimento di proprietà[35];

c) *merces*, che distingue la locazione tanto dai rapporti gratuiti[36], quanto da quelli onerosi che concretano un *novum negotium*[37].

L'interrogativo che dobbiamo porre è: questi criteri consentono di affermare che il sinallagma di base che abbiamo sopra individuato costituisse lo schema 'tipico' della locazione?

Una conferma parrebbe giungere dai criteri della *merces* e dell'*opera* (*sub b* e *c*). Se ci fermassimo ad essi, potremmo conclu-

---

smentiscono ulteriormente — almeno, per quel che mi è dato vedere — le conclusioni dell'Amirante. In primo luogo, le *definitiones* dei giuristi romani non poggiano mai sul profilo del *reddere* la *res locata*, bensì fondano le proprie soluzioni sui criteri di *merces*, non-trasferimento di *dominium* e *opera*. In secondo luogo, la teoria secondo la quale l'unitarietà della locazione sarebbe rintracciabile nel *dare-reddere* la *res* è radicalmente in contrasto con alcune prospettive giurisprudenziali. In particolare, la concezione secondo la quale non era necessaria, per aversi *locatio conductio*, la dazione dei materiali da parte del committente, ma era sufficiente che vi fosse anche un semplice incarico retribuito (posizione, questa, verisimilmente fatta propria dai Proculeiani, ma attestata dall'età di Alfeno — e, rispetto alle cd. locazioni pubbliche, già in Cicerone — fino a Paolo), implica che per alcuni giuristi lo schema dazione-restituzione della *res* non potesse neanche in ipotesi essere essenziale, perché nella loro visuale era locazione anche il caso in cui mancava del tutto una dazione (dei materiali) e una 'ri'-consegna (dell'*insula*).

[32] Cfr. *supra*, cap. IV §§ 2-3 e 5.

[33] Cfr. *supra*, cap. IV § 4 e 5.

[34] Ma non in assoluto: cfr. *supra*, § 2, e *infra*.

[35] Cfr. cap. IV § 4 e 5.

[36] Cfr. cap. V.

[37] Cfr. cap. IV §§ 6-8.

dere che lo scambio di *merces* contro *uti frui* fosse percepito dai giuristi romani come 'tipico' della locazione.

Ma un discorso diverso deve essere fatto per il criterio del non-trasferimento del *dominium* (*sub a*). Quest'ultimo non solo è utilizzato dai *prudentes* in modo non univoco, ma è di difficile interpretazione soprattutto perché, a differenza degli altri due, opera soltanto in 'negativo'. È chiaro che per i giuristi romani — i quali avevano ben presenti gli elementi tipici della locazione, e sulla base di questi la distinguevano da altri rapporti — un criterio meramente 'negativo' poteva essere sufficiente. Ma non può esserlo per noi, che per individuare gli elementi tipici della locazione dobbiamo compiere un percorso contrario a quello dei *prudentes*, partendo dalle distinzioni: noi siamo costretti a tentare di volgere in 'positivo' il criterio 'negativo', al fine di individuarne il presupposto implicito. È probabile, infatti, che nell'affermare che la locazione può (i Proculeiani) o deve (i Sabiniani) non trasferire il *dominium*, i giuristi romani implicitamente rinviassero ad un 'qualcosa', diverso dal *dominium*, che viene attribuito da una parte all'altra all'interno di una *locatio conductio*.

Ma cos'è questo 'qualcosa'? Riconsideriamo brevemente i passi in cui il criterio del non-trasferimento di proprietà è stato utilizzato.

La fattispecie sottesa al responso di Labeone (D. 18. 1. 80. 3) concerne, evidentemente, la locazione di una *res*[38]. In dottrina si è pensato che potesse trattarsi della concessione *in perpetuum* di fondi municipali, oppure della vendita *in quinquennium* di un bosco ceduo. Il giurista augusteo afferma che, qualora le parti si siano accordate affinché non passi la proprietà, il negozio non può essere qualificato come compravendita, ma eventualmente come locazione. E, tuttavia, cosa avrebbe trasferito, di diverso dal *dominium*, il locatore al conduttore? Posto che da tutte le fonti — è addirittura inutile sottolinearlo[39] — risulta che in simili ipotesi si attribuisce al conduttore l'*uti frui* sulla *res*, io credo non sia troppo azzardato affermare che parame-

---

[38] Cfr. D. 18. 1. 80. 3: *nemo potest videri eam rem vendidisse ...*; sul passo, cfr. *supra*, cap. III § 5.

[39] Per quanto attiene alla locazione dei fondi, dell'attribuzione di *uti frui* abbiamo discusso a proposito di D. 19. 2. 15. 2. Per la *silva cedua* non ci sono passi in cui si parli di locazione, ma cfr. Paul. 9 *ad Plaut.* D. 7. 1. 48, Paul. 4 *epit. Alf.* D. 18. 1. 40. 4, e Ulp. 31 *ad Sab.* D. 24. 3. 7. 7, nei quali si afferma che la *silva caedua* va computata *in fructu*, nonché Iul. 47 *dig.* fr. 642 LENEL = Paul 49 *ad ed.* D. 50. 16. 77, nel quale si fa rientrare la *silva cedua* nella definizione di *fruges*.

tro esterno del ragionamento di Labeone dovesse essere la concessione di *uti frui*. In altre parole, mi sembra che il giurista intendesse dire che, quando si dà un fondo per la coltivazione o per lo sfruttamento del legname, se non è previsto il passaggio di proprietà, non può ritenersi che vi sia compravendita; eventualmente, può darsi che si tratti di locazione, in quanto essa attribuisce al conduttore solo il godimento[40].

Nelle testimonianze di Sabino, Cassio, Giavoleno e Pomponio[41], la fattispecie è invece quella di una cd. *locatio operis*. Come abbiamo detto, i giuristi sabiniani escludevano che in una locazione potesse verificarsi un passaggio di proprietà, e dunque il rapporto, per loro, si riduceva ad uno scambio di *merces* contro *opera*, senza che nella mercede potessero essere in alcun modo computati i materiali. A prima vista, potrebbe sembrare che il 'qualcosa' attribuito nella locazione sia la *res* fornita dal locatore[42]. Ma, a ben vedere, la dazione della *res* da elaborare assume rilievo solo in quanto consente di evitare il non-trasferimento del *dominium*: è quest'ultimo, e solo questo, che permette di distinguere tra compravendita e locazione. Piuttosto, occorre chiedersi quali caratteristiche assuma la *locatio conductio* una volta assicurata — grazie alla dazione dei materiali — l'assenza di un passaggio di proprietà.

A questo scopo sono particolarmente interessanti le posizioni di Cassio, Gaio e Pomponio. Il primo, come si ricorderà, non si allontanava dalle posizioni del maestro rispetto all'utilità del criterio del *dominium*, ma riteneva che il negozio potesse essere scisso in due contratti, e disegnava la *locatio conductio* come scambio di *merces* contro *opera* (cfr. Gai. 3. 147). Ma anche Gaio e Pomponio, che pure accolgono la prospettiva di Sabino, affermano che, quando non si verifica il trasferimento di *dominium*, lo schema obbligatorio è *merces* contro *opera*: *dominium tamen non mutavit, manet tamen eius qui dedit et tantum videtur mercedem praestaturus pro opera aurifici*, scrive Pomponio (D. 34. 2. 34 pr.; ma cfr. anche Gai. 3. 147[43]).

---

[40] Che, se retribuito, può dar luogo a locazione; se gratuito, può essere ricondotto ad un altro contratto, come ad esempio il comodato: sul valore differenziale della *merces*, cfr. *supra*, cap. V § 4; sull'interpretazione dell'espressione *aliud genus contractus*, cfr. *supra*, cap. III § 5 e ntt. 173-174.

[41] D. 18. 1. 20; Gai. 3. 147; D. 18. 1. 65; D. 34. 2. 34 pr. (cfr. *supra*, cap. IV §§ 2-3).

[42] Come diceva Sabino, non può esservi locazione *ubi corpus ipsum non detur ab eo cui id fieret* (D. 18. 1. 20).

[43] Gai. 3. 147: *mercede pro opera constituta.*

Insomma: eliminato il problema del passaggio di proprietà — il cui irrigidimento da parte di Sabino è stato probabilmente determinato, come si è detto, da ragioni essenzialmente filosofiche — la *locatio* cd. *operis* si riduce, per i Sabiniani, allo scambio di *merces* contro *opera*. Per essi, il valore del criterio 'negativo' del non-trasferimento del *dominium* è dunque essenzialmente quello di evidenziare, 'in positivo', che in una cd. *locatio operis* si attribuisce solo l'*opera*, e non il *dominium* (come invece nella compravendita).

Non solo, ma se colleghiamo queste conclusioni con l'affermazione di Paolo (D. 19. 2. 22. 2, che ripete probabilmente posizioni proculeiane) secondo la quale il requisito dell'*opera* è tanto assorbente da configurare una locazione anche quando i materiali siano forniti dall'artefice, comprendiamo che le posizioni delle due scuole si distinguono su un piano, per così dire, più quantitativo che qualitativo. Ciò che accomuna le dottrine di Sabiniani e Proculeiani è infatti la consapevolezza che nella *locatio conductio* si attribuisce essenzialmente l'*uti frui* (o l'*opera*). Quel che muta è solo il rilievo assegnato ad una tale attribuzione. Per i Sabiniani era necessario che l'unica attribuzione presente in una locazione fosse quella di *uti frui*. Per i Proculeiani era sufficiente che il profilo dell'*uti frui* fosse preminente sull'eventuale trasferimento di *dominium*.

E va notato che queste conclusioni sono valide non solo per i seguaci delle due *sectae*, ma per ogni fase dell'elaborazione giurisprudenziale del contratto. Intorno a queste posizioni, infatti, possono essere collocate tanto le prospettive dei giuristi precedenti, che anticipano le soluzioni proculeiane[44]; quanto quelle dei giuristi successivi, che a volte seguono i Proculeiani (Paolo[45]), altre sembrano possibilisti (Ulpiano[46]); fino ai giustinianei, che accolgono senz'altro la prospettiva sabiniana[47].

A questo punto, mi sembra, possiamo concludere.

Se anche i criteri di definizione 'perimetrale' della locazione indirizzano verso il sinallagma *merces-uti frui*, evidentemente esso non co-

---

[44] Cfr. *supra*, cap. I § 4 e cap. II § 1.

[45] D. 19. 2. 22. 2, su cui cfr. *supra*, cap. IV § 4.

[46] D. 19. 2. 39 (*non solet locatio dominium mutare*), su cui cfr. *supra*, cap. IV § 4 e nt. 139.

[47] Cfr. *supra*, cap. V § 2.

stituisce semplicemente uno schema unitario 'possibile' — ossia in astratto rintracciabile nella struttura dei rapporti, ma non còlto dai giuristi romani come rilevante in termini di tipicità — bensì lo schema percepito dai *prudentes* come 'tipico' della locazione. I giuristi romani avevano dunque una percezione unitaria del contratto di locazione, e ne ravvisavano la tipicità nello scambio di *merces* contro godimento.

Naturalmente, simili conclusioni si pongono in contrasto tanto con le teorie della tripartizione, quanto con quelle dell'unitarietà.

Rispetto alle prime, parrebbe possibile affermare che l'unitarietà della locazione non sia meramente terminologica e d'azione, ma si fondi su un comune schema obbligatorio. E che tale unitarietà obbligatoria, così come l'unità di azione (che da essa deriva) e di terminologia, costituiscano il portato (giuridico e linguistico) dell'omogeneità economica dei vari rapporti.

Rispetto alle seconde, credo debba essere sottolineata una sorta di sopravvalutazione della terminologia. Una critica di questo atteggiamento, rispetto alle proposte dell'Arangio-Ruiz e del Brasiello, è già in Amirante[48]. Ma mi sembra che neanche il pensiero di quest'ultimo studioso si sottragga ad un tale rilievo. L'Amirante, infatti, considera inessenziale il sinallagma *merces-uti frui* ai fini dell'individuazione della tipicità, in quanto ritiene che l'elemento della *merces* non consenta di individuare fra di loro le parti del contratto[49] e che l'*uti frui* non sia sempre presente in una locazione: a parere dello studioso, potrebbe aversi anche il caso di «una *res locata*, della quale non venga assolutamente in questione l'*uti* o il *frui*»[50], come ad esempio i *vestimenta* dati al *fullo* (che naturalmente non può usarli[51]) oppure il *servus* dato *docendus* (rispetto al quale il conduttore non gode delle *operae*[52]).

Nessuno di questi due argomenti mi sembra però possa essere accolto. Per quanto attiene all'impossibilità di distinguere le parti avvalendosi del criterio della *merces*, vedremo tra breve che la riconoscibilità delle parti non rileva a livello di 'tipicità', ma solo nella distinzione tra i vari assetti di interessi[53]. Per quanto riguarda l'asserita mancanza, in talune fattispecie di locazio-

[48] Cfr. AMIRANTE, *Ricerche*, cit., 57.

[49] Il pagamento della *merces* varrebbe «a qualificare il rapporto come *locatio conductio*», ma non costituirebbe «un'obbligazione tipica del conduttore, ovvero del locatore» perché non consentirebbe di «individuare le due parti del contratto»; oltretutto, lo scarso rilievo della *merces* locativa risulterebbe anche dal fatto che, «mentre il *pretium* è il corrispettivo della *res empta-vendita*, la *merces* qualifica la *res locata-conducta*, ma non ne è il corrispettivo» (AMIRANTE, *Ricerche*, cit., 103).

[50] AMIRANTE, *Ricerche*, cit., 104.

[51] AMIRANTE, *Ricerche*, cit., 105.

[52] AMIRANTE, *Ricerche*, cit., 61, 113.

[53] Cfr. *infra*, § 4 in fine.

ne, dell'*uti frui*, mi sembra che l'argomento si fondi su un uso equivoco dell'espressione *res locata*: (*a*) da un lato, non possono essere poste sullo stesso piano la *res locata* della locazione di un fondo e la *res locata* della locazione di *vestimenta* dati al *fullo*: nella prima il *locare* attiene direttamente alla *res*, nel senso che è il fondo ad essere sfruttato; nella seconda, il *locare* attiene solo indirettamente alla *res*, ai *vestimenta*, perché si riferisce, in primo luogo, all'*opera* posta in essere dal *fullo* per lavarli: è questo l'*uti frui* cui occorre guardare[54]; (*b*) dall'altro, non si può dire che vi siano casi in cui si loca il servo senza attribuire al conduttore lo sfruttamento delle *operae*: i testi richiamati al riguardo dall'Amirante, infatti, non attengono ad una cd. *locatio operarum*, ma ad una cd. *locatio operis* in cui il *servus* è dato *docendus*, per essere istruito[55] — ed è chiaro che in questo caso il conduttore non è obbligato a pagare la *merces* per l'*opera* del servo, ma anzi è retribuito per la propria *opera* di insegnamento.

4. LA CONSAPEVOLEZZA DEI 'PRUDENTES' DI UNA DIVERSITÀ TRA GLI ASSETTI DI INTERESSI RIENTRANTI NELLA 'LOCATIO CONDUCTIO': I «MODELLI NEGOZIALI» PRESENTI ALL'INTERNO DEL «TIPO».

A questo punto, però, si pone un altro problema, che mi sembra sia stato sottovalutato dai sostenitori della teoria dell'unitarietà. Stabilito che i giuristi romani guardavano alla locazione come a un contratto unitario, è davvero possibile affermare che una tale unitarietà fosse da essi avvertita come l'unico profilo dogmaticamente rilevante, e che non sia mai stata posta esplicitamente la distinzione tra le diverse figure[56]?

A me pare di no. Quella che abbiamo indicato come seconda fase della riflessione giurisprudenziale, ossia l'attenzione ai vari assetti di interessi, smentisce simili conclusioni.

---

[54] Per usare la terminologia dell'Amirante (rispetto alla quale, comunque, cfr. *infra*, cap. VII e soprattutto § 8), nel primo caso la *res* (il fondo) è 'oggetto del *locare*'; nel secondo la *res* (i *vestimenta*) è detta *res locata* solo perché rientra nel rapporto di locazione, ma 'oggetto del *locare*' è piuttosto l'attività del lavandaio.

[55] Ulp. 32 *ad ed.* D. 19. 2. 13. 3: *si quis servum docendum conduxerit eumque duxerit peregre et aut ab hostibus captus sit aut perierit, ex locato esse actionem placuit, si modo non sic conduxit, ut et peregre duceret.*

[56] Così, ad es., ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*[14], cit., 346: i giuristi romani «non solo ... non pongono mai esplicitamente quella distinzione (che pure sarebbe essenziale per orientarsi), ma trattano alla rinfusa i casi che la dottrina moderna scevera secondo l'appartenenza a ciascuno dei tre tipi».

Labeone mostra di distinguere chiaramente tra l'ipotesi in cui le parti si siano accordate per un trasporto di merci, dal caso in cui sia stata semplicemente locata una nave o dalla fattispecie in cui le due figure siano state combinate tra loro[57]; nonché tra le diverse modalità in cui possono combinarsi l'*usus* di un *servus* e un contratto di locazione (divieto di locare ad altri le *operae*; impiego dello schiavo sul fondo condotto; impiego dello schiavo nella realizzazione di un *opus*)[58].

E Giavoleno traccia una chiara linea di demarcazione tra l'ipotesi in cui un *artifex* si sia obbligato a raggiungere il risultato della costruzione dell'*opus* (appalto), da quella in cui abbia solamente messo a disposizione del committente una squadra organizzata di lavoratori (regìa), nonché (implicitamente[59]) da quella in cui il committente assuma direttamente degli operai (contratto di lavoro)[60].

Oltretutto, è bene sottolineare che in questi testi non è solo previsto un diverso regime a seconda dell'assetto di interessi posto in essere dai contraenti, ma si discute esplicitamente della diversità di regime esistente tra le varie figure. Rispetto ad essi, in altre parole, non si può obiettare che le diversità vi sono, ma non sono percepite dai giuristi romani — o, almeno, non sono per essi strutturalmente rilevanti —, perché la distinzione tra le fattispecie è l'oggetto stesso del discorso del giurista.

I *prudentes*, in realtà, sono perfettamente coscienti del fatto che, quando si loca una nave (o i *loca navis*), il *magister* si obbliga solo a metterla a disposizione del conduttore, e che invece, quando si conclude un contratto di trasporto, la *merces* sarà dovuta solo se il carico giunga a destinazione. Così come hanno ben presente la differenza tra l'assunzione del rischio e della responsabilità da parte dell'appaltatore, e gli obblighi del semplice lavoratore o di chi si limiti a prestare delle *operae* organizzate. Solo che essi non ritengono che simili differenze siano tali da frantumare l'unità del contratto.

E allora? Che rapporto si instaurava tra le caratteristiche unitarie del 'tipo' e le peculiarità di ciascuna figura negoziale?

Io credo sia necessario distinguere, al riguardo, due piani dogmatici.

---

[57] Cfr. soprattutto D. 19. 5. 1. 1, ma anche D. 14. 2. 10 pr.-2, su cui *supra*, cap. III § 1.
[58] Cfr. D. 7. 8. 12. 6, su cui *supra*, cap. III § 4.
[59] Ma si tratta di una distinzione già presente in Catone: cfr. *supra*, cap. I § 2.3 *sub* C.
[60] Cfr. D. 19. 2. 51. 1, su cui *supra*, cap. IV § 9.

Il primo piano è quello del quale abbiamo discusso sinora, ossia il piano della 'tipicità' intesa come *nomen contractus*, che a livello processuale implica un'unicità di azione. Questo è il piano in cui rileva il 'tipo' di *obligatio* 'contratta' dalle parti — che nella *locatio conductio* coincide con il sinallagma *merces-uti frui*.

Vi è poi un secondo piano dogmatico, che per i giuristi romani non individua il 'tipo', ma che non è in assoluto irrilevante. Come abbiamo visto, la distinzione tra i diversi assetti di interessi era verisimilmente percepita sin dall'epoca precedente la nascita dei contratti consensuali[61]. Tali assetti di interessi economici, ripetuti nel tempo, sono probabilmente divenuti una sorta di 'modelli negoziali' di riferimento per le parti, e sono stati conservati allorché il rapporto economico del *locare conducere* è stato versato nel contratto consensuale, evidentemente perché si riteneva che i profili di diversità riscontrabili in ciascuno non avessero un rilievo tale da modificare la struttura obbligatoria fondamentale.

Quest'ultima, infatti, in ciascuna figura, assume caratteristiche particolari, ma non viene mai meno. Ogni 'modello negoziale' costituisce, piuttosto, una sorta di articolazione dello schema-base costituito dallo scambio di *merces* e *uti frui*.

Una prima articolazione è rappresentata dalla distinzione tra le ipotesi in cui l'*uti frui* è compiuto su una *res* rispetto a quelle in cui è realizzato su una *persona*[62]: solo nel primo caso le fonti parlano di *uti frui*, nel secondo preferiscono utilizzare l'espressione *opera* — che comunque indica un 'godimento' parificato all'*uti frui*.

---

[61] Come risulta (almeno) dalla terminologia delle commedie plautine, sostanzialmente coincidente con quella di età classica, e dalle clausole negoziali contenute nei formulari catoniani che non si riferiscono ancora ad una piena tutela del consenso: cfr. *supra*, cap. I §§ 1 e 2.4.

[62] Possiamo aggiungere che, tra le fonti letterarie, un passo del *de compendiosa doctrina* di Nonio Marcello — autore piuttosto tardo, ma le cui fonti sembrano essere di età repubblicana o augustea (Nonio, all'interno del medesimo lemma, cita Plauto, Lucilio, Cicerone e Virgilio: oltre questa constatazione non si può andare, perché il passo appartiene alla sezione 'L' del libro IV, ossia ad uno di quei libri dell'opera [II-IV] il cui ordine è stato rimaneggiato probabilmente in età medievale, con la conseguente difficoltà di individuare le fonti cui l'autore attinge: cfr. W. M. LINDSAY, *Nonius Marcellus' Dictionary of Republican Latin*, Oxford 1901, 2, 90 ss.) — formula una chiara alternativa tra la locazione di *opus* (inteso evidentemente in senso lato, come complesso di *operae*) e la locazione di *res*: Non. Marc. *comp. doctr.* s.v. *locandi* (LINDSAY, 537): *locandi significatio manifesta est, ut aut operis locandi aut fundi.*

La seconda articolazione dello schema è interna alla locazione di *operae*. I giuristi distinguono il caso in cui la prestazione di *operae* è generica, senza riferimento alcuno all'*opus* in cui sono impiegate; dall'ipotesi in cui invece il lavoratore si obbliga a realizzare l'*opus* finale; o, ancora, dal caso in cui le *operae* sono indirizzate al compimento di uno specifico *opus*, ma sotto la direzione del locatore e dunque senza assunzione di responsabilità per il risultato da parte dell'artefice. In tutte queste ipotesi, come si è detto, il sinallagma fondamentale è costituito dallo scambio di *merces* contro *opera* (= *uti frui*). Ma ciascun 'modello negoziale' ha caratteristiche specifiche dettate dal modo in cui questo *uti frui* deve essere realizzato, addirittura fino al punto di far coincidere il 'godimento' con l'*opus* (ossia con il prodotto dell'*opera*) realizzato dal conduttore[63]: in qualche modo, non errava Arnold Vinnen quando scriveva che l'*opus* è una sorta di *fructus operae*[64].

Tutto ciò poteva essere realizzato adattando lo schema-base alle concrete esigenze delle parti mediante *leges locationis*. Attraverso queste, i contraenti potevano prevedere, ad esempio, che il *servus* fosse locato perché il conduttore godesse delle sue *operae*, oppure trasportato (*vehendus*) o istruito (*docendus*), nel qual caso l'*opera* che rilevava era quella del conduttore. Ancora, la *lex contractus* poteva prevedere che l'*insula* fosse locata per essere abitata — *aversione*, o per *singula caenacula* — oppure costruita (*aedificanda*) — e, più in particolare, che fosse *effecta arbitrio domini*, o semplicemente *probata arbitrio domini*. E così via[65]. Finché l'accordo delle parti si indirizzava ad uno scambio di *merces* contro *uti frui* — comunque realizzato — si restava nell'ambito di una *locatio conductio*. Quando l'accordo era tale da non rientrare in un simile sinallagma, mutava la qualificazione del rapporto.

Se dunque è il sinallagma nel suo complesso ad individuare la 'tipicità' del *locare conducere*, da parte loro le varie articolazioni dell'*uti frui* indirizzano verso questo o quel 'modello negoziale'. Al li-

---

[63] Cfr., in questo senso, il parallelismo tra *uti frui* e 'risultato' riscontrato nel confronto tra D. 19. 2. 15. 2 e D. 14. 2. 10 pr. (cfr. *supra*, cap. III § 1.2).

[64] A. VINNII *In quatuor libros Institutionum imperialium Commentarius*, III. 25, ad I. 3. 24 pr., n. 2, ed. Venetiis 1783, II, 179.

[65] È inutile sottolineare la distanza che separa questa ipotesi sul ruolo delle *leges locationis* dalla teoria del BECHMANN, *Der Kauf*, cit., I, 428 ss., su cui cfr. *supra*, Intr., nt. 3.

vello dogmatico della 'tipicità' si pone il problema di distinguere il campo di applicazione delle *actiones locati et conducti* da quello di altre azioni. Al livello dei 'modelli negoziali' si distingue tra *actio locati* ed *actio conducti.*

È importante notare, infatti, che da un punto di vista formulare l'*actio locati* e l'*actio conducti* sono perfettamente identiche[66]: la scelta tra l'una e l'altra è importante non perché le due azioni assicurino in assoluto esiti diversi, ma perché nel singolo, concreto assetto di interessi, gli obblighi del *locator* sono diversi da quelli del *conductor.*

E pertanto:

a) a livello di 'tipo', nel momento in cui si verifica la riconducibilità del negozio al *locare conducere,* le singole posizioni delle parti non rilevano, se non nella loro coordinazione: nella locazione di un fondo e nella locazione di *operae,* il *locator* è tenuto a *praestare uti frui* e il *conductor* a *praestare mercedem,* e pertanto le azioni potranno essere indirizzate contro l'uno o l'altro inadempimento; nella locazione di un *opus faciendum* le posizioni si invertono, ma oggetto dell'azione sarà sempre il *praestare mercedem* o il *praestare uti frui.* Oltretutto, a questo riguardo non bisogna dimenticare che la duplicità di espressione (*locare conducere*) è dovuta unicamente all'assenza, in latino, della diatesi media, assenza che — congiunta allo scarso uso dei deponenti — costringe ad usare due verbi diversi anziché, come in greco, il medesimo; ma ciascuno dei due verbi assume il proprio specifico valore semantico solo in connessione all'altro: il termine *locare* attiene ad un contratto di locazione solo quando presuppone un *conducere,* e viceversa[67]. In altre parole, non si può ricercare una tipicità del *locare* e una tipicità del *conducere,* ma solo una tipicità del *locare conducere*;

b) dopodiché, una volta chiarito che il negozio è una *locatio conductio,* il 'modello negoziale' prescelto indirizzerà verso la scelta dell'*actio locati* o dell'*actio conducti.* Se infatti è vero che ciascuna azione può tutelare tanto il *praestare mercedem* quanto il *praestare uti frui,* d'altra parte la posizione delle parti varia molto nell'uno o nell'altro assetto di interessi: nella locazione di un fondo o delle *ope-*

---

[66] Naturalmente, con l'eccezione del verbo, *locare* o *conducere*: cfr. LENEL, *Das edictum perpetuum*[3], cit., 299 s. Il rilievo è anche in FRIER, *Landlords and Tenants,* cit., 56.

[67] Cfr. *supra,* cap. I nt. 2.

rae, con l'*actio locati* si persegue essenzialmente il pagamento della *merces*, e con l'*actio conducti* la prestazione di godimento; nella locazione di un *opus faciendum* avviene il contrario. In tal modo, l'adozione dell'una o dell'altra azione, connessa all'assetto di interessi indicato nella *demonstratio* della formula, consente di individuare le rispettive obbligazioni delle parti.

Ecco perché, a mio avviso, occorre riconoscere rilevanza dogmatica — pur se non valore a livello di 'tipicità' — ai diversi 'modelli negoziali': perché, una volta qualificato il rapporto, nella scelta dell'*actio* non poteva non tenersi conto del concreto assetto di interessi posto in essere dalle parti.

Naturalmente, a questo punto viene spontaneo interrogarsi sulla peculiarità della terminologia della *locatio operis faciendi*.

Come ho cercato di dimostrare[68], è questo un profilo da non sopravvalutare, perché il problema potrebbe essere del tutto estraneo alla struttura della locazione consensuale. È probabile, infatti, che i relativi usi linguistici si siano stabilizzati già prima della nascita di quest'ultima, modellandosi piuttosto sul rapporto economico. Se così fosse, posto che, con la nascita del contratto consensuale, il rapporto economico si è identificato con il sinallagma obbligatorio fondamentale, ogni eventuale nesso tra terminologia e struttura contrattuale sarebbe sempre indiretto, e mediato dal comun denominatore del dato economico. In altre parole: la terminologia non può chiarire il contratto consensuale, né può aversi il contrario; ma entrambi questi profili possono essere spiegati guardando alla logica economica del rapporto.

In questa prospettiva, potremmo ipotizzare che il valore primo delle espressioni *locare* e *conducere* indicasse: (*a*) l''affidare' (*locare*) una *res* o le *operae* perché venissero messe a frutto attraverso il godimento attribuito al conduttore e la mercede ottenuta dal locatore, oppure l''affidare' un incarico (*opus*) — retribuito questa volta dal locatore — che il conduttore doveva portare a compimento; (*b*) e il 'dirigere' (*conducere*) la messa a frutto[69] della *res* o delle *operae*, eventualmente anche al fine di realizzare un *opus*[70].

---

[68] Cfr. *supra*, cap. I § 1.

[69] Il BEHRENDS, *Die Rechtsformen des römischen Handwerks*, cit., 199 s. e nt. 297, ha notato che vi è un uso intransitivo di *conducere* nel senso di 'giovare, essere utile' (cfr. già Non. Marc. *comp. doctr.* s.v. *conducere* [LINDSAY, 420 s.]); ma naturalmente è difficile definirne il rapporto con l'uso del verbo all'interno di un rapporto di locazione.

[70] In tal modo sviluppo alcune osservazioni del BENVENISTE, *Il vocabolario delle istituzioni indoeuropee*, cit., 117 ss., per il quale *conducere* potrebbe significare, da un lato (in opposizione a *ducere*), 'condurre in modo da riunire' e, dall'altro (in opposizione ad altri verbi che indicano una riunione, come ad es. *cogo*) 'riunire in virtù di una certa autorità'. *Conductor*, in tal caso, potrebbe essere denominato sia colui che raccoglie e guida gli *operarii*, prestatori di *opera*, nella costruzione di una casa (e ciò sia quando la casa sia sua

È chiaro che, in un simile contesto, qualora fosse stato dato rilievo di 'tipo' ai 'modelli negoziali', sarebbe venuta meno l'unitarietà del contratto. Ma a ciò i *prudentes* non giunsero mai, a mio avviso per una serie di ragioni — di ordine giuridico e, in senso più lato, culturale — che approfondiremo nel prossimo capitolo. Basti, per ora, rilevare che i giuristi romani, pur prestando attenzione ai diversi esiti cui poteva condurre l'adozione dell'uno o dell'altro 'modello negoziale', ai fini della individuazione del 'tipo' considerarono sempre preminente il ricorrere dello schema obbligatorio di base.

---

propria, sia che egli abbia ricevuto incarico dal *dominus*, perché in ogni caso è sua la responsabilità per la conduzione della cosa, e il governo dei sottoposti); sia chi riceve un fondo e lo mette a frutto regolandone la coltivazione, sia chi utilizza la sua *ars* per realizzare degli anelli o pulire delle vesti. Allo stesso modo, e partendo dal significato fondamentale di *locus* come 'il luogo naturale di qualche cosa' (cfr. BENVENISTE, *Vocabolario*, cit., 119), si potrebbe immaginare che *locare* indichi non (come *ponere*) il semplice 'collocare qualcosa in un luogo', ma il 'porre qualcosa nel suo luogo naturale, ossia nella posizione, nella condizione che le è propria'. Si potrebbe cioè immaginare che per i romani, così come si dice *locare filiam in matrimonium* per indicare non il 'posizionare la figlia in un luogo', ma il 'sistemarla', e *ducere in matrimonium* per indicare l'attività comunque preminente e di 'guida' del marito, allo stesso modo si dicesse *locare fundum fruendum* per indicare che una data cosa, non sfruttata dal proprietario, viene comunque messa a frutto mediante una locazione in cui si attribuisce ad altri la *conductio* del bene. E che lo stesso possa dirsi per chi loca le proprie *operae* o per chi, non sapendo o non volendo compiere una data attività, la affida ad un altro. Non escluderei del tutto, però, che sull'inversione della terminologia abbia potuto influire anche l'esigenza di differenziare fra loro le diverse modalità di sfruttamento delle *operae*. Come ricorda Gaio, i *veteres* usavano fra di loro promiscuamente le espressioni *locare* e *conducere*: Gai. 21 *ad ed prov.* D. 19. 1. 20: *idem est et in locatione et conductione* (cfr., immediatamente prima nell'ordine compilatorio, Gai. *ad ed. de publ.* D. 19. 1. 19: *veteres in emptione venditioneque appellationibus promiscue utebantur*; per il KAUFMANN, *Die altrömische Miete*, cit., 292 ss., la promiscuità sarebbe non tra *locare* e *conducere*, o tra *emere* e *vendere*, ma tra *locare conducere* ed *emere vendere*. Mi sembra però che sia la lettera dei passi [*idem est et* ...], sia il fatto che i frammenti provengano da opere diverse, impediscano di accettare una simile conclusione; cfr., in questo senso, anche A. WATSON, in «TR» 34 [1966] 111 s.). In seguito, invece — lo attestano implicitamente questi stessi passi di Gaio — la terminologia è divenuta maggiormente precisa. Naturalmente, è difficile dire a quali giuristi Gaio si riferisse, ma dalla sua testimonianza può almeno trarsi la conclusione che da una fase iniziale in cui vi era una certa fluidità terminologica, si sia passati ad una maggiore attenzione alla denominazione dei singoli contraenti. Potremmo dunque anche immaginare che sia stata l'esigenza di distinguere tra loro i 'modelli negoziali' della *locatio operis* e della *locatio operarum* ad aver indotto a tale irrigidimento. Ma tutto ciò è chiaramente indimostrabile e altamente congetturale; e non bisogna nascondersi che con questa ipotesi si scontrerebbe il parallelo irrigidimento terminologico dell'*emptio venditio*, che non sarebbe giustificato da alcuna esigenza analoga (se non quella di distinguere le parti del contratto, che però parrebbe essere avvertita solo a partire dai Proculeiani).

CAPITOLO SETTIMO

LA DEFINIZIONE «SOSTANZIALE» DELLA LOCAZIONE ELABORATA DALLA TRADIZIONE ROMANISTICA

1. IL PROBLEMA: LA SINGOLARE COESISTENZA DELLA CONCEZIONE UNITARIA E DELLA DIVISIONE IN 'SPECIES' NELLA TRADIZIONE ROMANISTICA.

Quando, al termine dell'analisi delle fonti romane, ci si volge alla dottrina intermedia, in un primo momento si resta alquanto stupiti.

Per secoli, dire che la locazione consiste — in tutte le sue diverse forme — nello scambio di *merces* contro *uti frui*, è stato dire un'ovvietà. La definizione di Azzone della *locatio conductio* come *concessio ad usum* di una *persona* o di una *res*, dietro pagamento di una *merces conventa in pecunia numeranda*[1], è sostanzialmente ripetuta dal

[1] AZONIS *Summa*, ad C. 4. 65 n. 1, ed. cit., 453: «personae, reive ad usum facta concessio mercede in pecunia numeranda, et conventa». Ma cfr. già *De actionum varietate et vita seu longitudine*, 4. 43, in H. FITTING (hrsg.), *Juristische Schriften des früheren Mittelalters*, Halle 1876, 138: «proprietas locationis in quo consistit? In mercede [*et in re. In mercede*] quid iuris fit? Certa merces in numerata pecunia constitui debet. In re quid iuris est? Usus rei locari debet». Sul testo, attribuibile certamente agli anni precedenti il 1160, cfr. per tutti F. CALASSO, *Medioevo del diritto*. I. *Le fonti*, Milano 1954, 301 s.; E. CORTESE, *Il*

Windscheid, per il quale la locazione consiste nello scambio dell'uso di una cosa o di una forza-lavoro contro un pagamento in denaro[2]. Non solo, ma poiché queste definizioni sono state in gran parte trasfuse nei codici — basti leggere gli articoli sulla locazione di cose contenute nel *Code civil*, nel BGB e nel *Codice civile* italiano del 1942[3] —, si ha la paradossale sensazione che i civilisti, e non gli studiosi del diritto romano, siano in realtà i depositari della concezione romana.

In particolare, è interessante notare che — in assoluta coerenza con le fonti romane — la dottrina intermedia ha a lungo guardato alla cd. *locatio operis* come ad una locazione di *operae* in cui il prestatore

---

diritto nella storia medievale. II. *Il basso Medioevo*, Roma 1995, 118 s. Rispetto alla locazione, del trattato parla P. GROSSI, *Locatio ad longum tempus. Locazione e rapporti reali di godimento nella problematica del diritto comune*, Napoli 1963, 216 s.

[2] WINDSCHEID, *Pandectenrecht*, cit., II[8], 670 s = *Pandette*, cit., II, 538 (§ 399): «die Miethe ist gerichtet auf den Umfaß von Gebrauch gegen Geld. Der Vermiether sagt dem Miether den Gebrauch einer Sache, oder den Gebrauch einer (regelmäßig seiner) Arbeitskraft zu, der Miether verspricht dafür dem Vermiether Geld».

[3] Art. 1709 c.c. fr.: «le louage des choses est un contrat par lequel l'une des parties s'oblige à faire jouir l'autre d'une chose pendant un certain temps, et moyennant un certain prix que celle-ci s'oblige de lui payer» (cfr. art. 1569 c.c. it. [1865]: «la locazione delle cose è un contratto, col quale una delle parti contraenti si obbliga di far godere l'altra di una cosa per un determinato tempo, e mediante un determinato prezzo che questa si obbliga di pagarle»); § 535 BGB: «durch den Mietvertrag wird der Vermieter verpflichtet, dem Mieter den Gebrauch der vermieteten Sache während der Mietzeit zu gewähren. Der Mieter ist verpflichtet, dem Vermieter den vereinbarten Mietzins zu entrichten»; art. 1571 c.c. it. (1942): «la locazione è il contratto col quale una parte si obbliga a far godere all'altra una cosa mobile o immobile per un dato tempo verso un determinato corrispettivo». Soffermandoci con maggior attenzione sul diritto italiano, si noterà come sul rapporto *merces-uti frui* si fondi anche la variante costituita dall'affitto, art. 1615 c.c. it. (1942): «quando la locazione ha per oggetto il godimento di una cosa produttiva, mobile o immobile, l'affittuario deve curarne la gestione in conformità della destinazione economica della cosa, e dell'interesse della produzione. A lui spettano i frutti e le altre utilità della cosa». Nelle definizioni dei contratti di somministrazione, di appalto, di trasporto e d'opera, oltre che, naturalmente, nelle norme del libro V dedicate al lavoro subordinato, è evidente la centralità dello schema *merces-opera* (naturalmente, tenendo conto di tutti i mutamenti determinati dalle diverse condizioni dell'economia e della società moderne): cfr. art. 1559 c.c. it. (1942): «la somministrazione è il contratto con il quale una parte si obbliga, verso corrispettivo di un prezzo, a eseguire, a favore dell'altra, prestazioni periodiche o continuative di cose»; art. 1655: «l'appalto è il contratto col quale una parte assume, con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio, il compimento di un'opera o di un servizio verso un corrispettivo in denaro»; art. 1678: «col contratto di trasporto il vettore si obbliga, verso corrispettivo, a trasferire persone o cose da un luogo a un altro»; art. 2222: «quando una persona si obbliga a compiere verso un corrispettivo un'opera o un servizio, con lavoro prevalentemente proprio e senza vincolo di subordinazione nei confronti del committente, si applicano le norme di questo capo, salvo che il rapporto abbia una disciplina particolare nel libro IV».

d'opera si assumeva la responsabilità e il rischio del lavoro. La *Glossa ordinaria*, ad esempio, spiegava che «locat quis quandoque res, quandoque operas, quandoque rem et operam»[4], e questa distinzione veniva mantenuta ancora da Baldo e addirittura, agli inizi del XVII secolo, da Francesco Mantica[5]. In una tale sistematica, la locazione è, sì, di tre tipi[6], ma la terza forma è considerata comunque — al pari della *locatio operarum* in senso stretto — una *species* della locazione di *operae*. E infatti, dai glossatori alla Pandettistica, nessuno ha esitato a parlare di *locare operas* a proposito di una *locatio operis faciendi*[7] e ad affermare

---

[4] Gl. *personis* ad D. 19. 2. 15. 6.

[5] Cfr. BALDI DE UBALDIS *In secundam Digesti Veteris partem commentaria*, ad D. 19. 2. 15. 6, ed. cit., 148*r*; MANTICAE *Vaticanae lucubrationes*, V. 1. 12, ed. cit., I, 318.

[6] Nell'edizione del *Digestum Vetus* che ho dinanzi agli occhi (Lugduni 1558, *apud Hugonem a Porta et Antonium Vincentium*), l'editore ha aggiunto delle note a margine della Glossa al fine di facilitare il lettore; e, a fianco della gl. *personis* ad D. 19. 2. 15. 6 (ed. cit., 1253), ha annotato: «locationis genus triplex». Cfr. anche IACOBI BUTRIGARII *In primam et secundam Veteris Digesti partem*, ad D. 19. 2. 15. 6, ed. Romae 1606, II, 263: «in locatione dic, quod aut locatur res tantum, aut opera tantum, aut utrumque».

[7] Cfr. IACOBI BUTRIGARII *In primam et secundam Veteris Digesti partem*, ad D. 19. 2. 9. 4, ed. cit., II, 262; ALBERICI DE ROSATE *In secundam Digesti Veteris partem*, ad D. 19. 2. 36, ed. Venetiis 1585, 157*v*; CYNI PISTORIENSIS *Lectura in Codicem*, ad C. 4. 65. 2, ed. Francoforti ad Moenum 1578, 275*v* n. 3; BARTOLI A SAXOFERRATO *In secundam Digesti Veteris partem*, ad D. 19. 2. 17, ed. cit., 123*r* (cfr. ad *opus*, 19. 2. 39[36], ed. cit., 125*v*); ID., *In primam Codicis partem*, ad C. 4. 65. 2, ed. Venetiis 1615, 156*v*; ROLANDINI *Summa artis notariae*, I. 5 (*instrumentum locationis operarum ad opus scripturae faciendae*), ed. Venetiis 1546, 119*v* ss.; DONELLI *De iure civili*, XIII. 6. 5, in *Opera*, cit., III, 818; Ioh. D'AVEZAN *Contractuum liber alter*, *Tractatus II de loc. et cond.*, in G. MEERMAN, *Novus Thesaurus iuris civilis et canonici*, IV, Hagae - Comitum 1752, 96; V. CAROCCI *Tractatus locati et conducti*[4], V. *de impossibilitate* n. 17, ed. Venetiis 1675, 442; PACIONI *De locatione et conductione*, I. 1. 23-24, ed. cit., 2; J. BRUNNEMANNI *In quinquaginta libros Pandectarum*, ad D. 19. 2. 4, ed. Coloniae Allobrogum 1752, 558; ID., *In Codicem*, ad C. 4. 65. 2, ed. Coloniae Allobrogum 1754, 416; VAN BYNKERSHOEK *Observationes iuris Romani*, VIII. 4, in *Opera omnia*, cit., I, 254; J. H. BOEHMERI *Introductio in ius digestorum*, I, Halae Magdeburgicae 1773, 450 (§ 2), 457 ss. (§§ 31, 32, 38); A. LEYSERI *Meditationes ad Pandectas*, III, ed. Franckenthalii 1778 , 632 ss. (*specimen* CCXII ad D. 19. 2 *De locatione operarum*); STRUVII *Syntagma iuris civilis (cum additionibus Petri Mülleri)*, exerc. XXIV ad D. 19. 2 *locati conducti* § 3, ed. cit., I, 1663; GLÜCK, *Pandecten*, cit., XVII, 266 ss. = *Pandette*, cit., XIX, 37 ss. (§ 1044); WESTPHAL, *Kauf, Pacht, Mieth- und Erzinskontract*, cit., 540 s.; A. Fr. J. THIBAUT, *System des Pandecten-Rechts*, II[8], Jena 1834, 59 (§ 511); Fr. A. SCHILLING, *Lehrbuch für Institutionen und Geschichte des römischen Privatrechts*, III, Leipzig 1846, 442 s. (§ 302); Chr. A. GÜNTHER, *Principia iuris privati Romani novissimi*, Ienae 1805, 690 (§ 984); Th. M. ZACHARIAE, *Institutionen des römischen Rechts*, Breslau 1816, 743 s.; J. Fr. GÖSCHEN, *Vorlesungen über das gemeine Civilrecht*, I-III.2, Göttingen 1838-1840, 387 (§§ 513-516); Chr. Fr. MÜHLENBRUCH, *Lehrbuch des Pandecten-Rechts*, I-III[4], Halle 1844, 428 s. (§ 408; cfr. 439 s. [§ 414]); ID., *Lehrbuch der Institutionen des römischen Rechts*[2], Halle 1847, 314; VON KELLER, *Pandekten*, cit., 640 ss. (§ 339); A. BRINZ, *Lehrbuch der Pandekten*, II[2], Erlangen 1879, 752; J. A. VON SEUFFERT, *Praktisches Pan-*

che il *locator operis* è contemporaneamente *locator rei* e *conductor operarum*[8].

Gli interpreti del *Corpus iuris*, insomma, sono stati estremamente fedeli all'oggetto del loro studio, individuando sia il comune substrato, sia il rapporto tra le varie figure[9]. Ma allo stesso tempo, per ragioni che non appaiono immediatamente chiare, i diversi 'modelli negoziali'[10] hanno gradualmente eroso l'unitarietà del contratto fino a creare, al termine del processo, figure contrattuali nettamente separate.

Può essere utile ricordare le tappe della nascita della tripartizione.

Come si è detto, per lungo tempo più che di tripartizione si è parlato di bipartizione, nel senso che la cd. *locatio operis* era considerata una *species* del *genus* 'locazione di *operae*', accanto alla *locatio operarum* in senso stretto.

Tuttavia, all'incirca intorno al XVII secolo, qualcosa comincia a cambiare. Le esigenze della vita economica condizionano la lettura delle fonti romane, il cui studio è inteso alla pratica.

In Francia, la circostanza che la materia del lavoro subordinato trovava le sue fonti nei regolamenti interni delle corporazioni dei mestieri, e nelle 'ordonnances' reali, fa sì che nei testi del Digesto sia ricercata soprattutto la materia del lavoro autonomo, in cui l'artefice compie l'*opus* per il committente[11]. Se già per Domat il 'louage du travail' è quel contratto in cui il locatore «donne un ouvrage à faire» e il conduttore «entreprend l'ouvrage, et (...) donne son travail et son industrie»[12], Pothier definisce senz'altro la locazione come un «contractus quo de re fruenda vel facienda pro certo pretio conve-

---

dektenrecht, II[4], Würzburg 1867, 234 ss. (§§ 332-333); WINDSCHEID, *Pandectenrecht*, cit., II[8], 671 = *Pandette*, cit., II, 539 (§ 399). Cfr. anche (intravedono una duplicità di forme, *usus rei* e *opera*): G. NOODT, *Commentarius ad Digesta*, ad D. 19. 2, in *Opera omnia*, II[2], Lugduni Batavorum 1735, 421; S. PUFENDORF, *De iure naturae et gentium*, V. 6, *de locatione conductione*, ed. Francofurti et Lipsiae 1759, I, 744 ss.; GROTII *De iure belli ac pacis*, II. 12. 19, ed. cit., I, 422; HUBERI *Praelectiones iuris civilis*, III. 25, ed. cit., I, 325 ss.

[8] Cfr. *supra*, cap. I nt. 3.

[9] Anche se in questa fase, per la verità, le distinzioni tra le varie *species* locative non sembrano avere avuto un peso dogmatico eccessivamente rilevante. Ad esempio, nel XV secolo Paolo di Castro poteva proporre una quadripartizione — *res, opera, opera et res, opus* — che tuttavia, nella sostanza, non mutava se non in minima parte la trattazione sul contratto (cfr. PAULI CASTRENSIS *In primam Digesti Veteris*, ad D. 19. 2. 15. 6, ed. Venetiis 1575, 130*v* n. 13, con esplicita critica della Glossa accursiana) e che, salvo essere sporadicamente citata (cfr. MANTICAE *Vaticanae lucubrationes*, V. 1. 12, ed. cit., I, 318; PACIONI *De locatione et conductione*, I. 1. 36, ed. cit., 2), sarebbe caduta nell'oblio.

[10] Per il valore di quest'espressione cfr. *supra*, cap. VI § 4.

[11] Cfr. M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, II, Paris 1909, 599.

[12] DOMAT, *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, I. 4. 1 pr., ed. cit., I, 86 s.; la locazione «est un contrat par lequel l'un donne à l'autre la jouissance ou l'usage d'une chose, ou de son travail (*b*) pendant quelque temps pour un certain prix» (nella nota *b* si richiama Paul 34 *ad ed.* D. 19. 2. 22. 1: *quotiens faciendum aliquid datur, locatio est*).

nit»[13], guardando alle ipotesi di *locatio operarum* unicamente nella prospettiva della *locatio rei faciendae*[14]. Questa concezione — espressa dall'autore particolarmente nel *Traité du contrat de louage*[15] — viene trasfusa nel *Code civil*, nel quale la definizione generale di 'louage d'ouvrage' è essenzialmente la definizione della *locatio operis faciendi*[16], e di qui passa al *Codice civile* italiano del 1865[17]. Cosicché, quando la manualistica francese e italiana successive ai codici si sono trovate a trattare della locazione, esse hanno dovuto faticosamente trarre dalla definizione di *locatio operis faciendi* anche la definizione della *locatio operarum*[18].

---

[13] POTHIER, *Pandectae Iustinianeae*, ad D. 19. 2, n. 1, ed. cit., I, 533. Va notato, però, che per Pothier la *res* deve essere intesa «non stricte», ma come comprensiva dell'*opera* (cfr. n. 3, ed. cit., I, 533).

[14] Trattando dell'*actio conducti*, POTHIER, *Pandectae Iustinianeae*, ad D. 19. 2, n. 41, ed. cit., I, 540, pare utilizzare la tripartizione, affermando che «varias conductiones distinguemus species: scilicet conductionem rei fruendae, conductionem operis faciendi, et conductionem operarum». Ma, andando avanti nella lettura, si comprende che per lui il criterio di distinzione tra *conductio operis* e *conductio operarum* è legato unicamente alla necessità di scegliere tra l'*actio locati* e l'*actio conducti* sullla scorta del criterio dell'iniziativa contrattuale (cfr. *supra*, cap. I nt. 3). La distinzione individuata da Pothier, cioè, non è strutturale, ma opera sempre all'interno della categoria della *locatio rei faciendae*; solo che si differenzia il caso in cui «negotium coepit a domino operis, qui opus faciendum locavit», dal caso in cui «coepit ab artifice, qui operas suas locavit» (n. 70, ed. cit., I. 545).

[15] Su cui cfr. *infra*, § 5.1.

[16] Art. 1710 c.c. fr.: «le louage d'ouvrage est un contrat par lequel l'une des parties s'engage à faire quelque chose pour l'autre, moyennant un certain prix convenu entre elles». E ciò anche se si precisa che esistono tre specie principali di 'louage d'ouvrage et d'industrie', ossia la *locatio operarum*, il contratto di trasporto, l''entreprise'. Cfr. art. 1779: «il y a trois espèces principales de louage d'ouvrage et d'industrie: 1° Le louage des gens de travail qui s'engagent au service de quelqu'un; 2° Celui des voituriers, tant par terre que par eau, qui se chargent du transport des personnes ou des marchandises; 3° Celui des entrepreneurs par suite de devis ou marché» (form. orig.). In realtà, del lavoro subordinato ci si occupa solo agli artt. 1780: «on ne peut engager ses services qu'à temps, ou pour une entreprise déterminée»; e 1781: «le maître est cru sur son affirmation, pour la quotité des gages; pour le paiement du salaire de l'année échue; et pour les à-comptes donnés pour l'année courante».

[17] Art. 1570 c.c. it. (1865): «la locazione delle opere è un contratto, per cui una delle parti si obbliga a fare per l'altra una cosa mediante la pattuita mercede»; art. 1627: «vi sono tre principali specie di locazione di opere e d'industria: 1° Quella per cui le persone obbligano la propria opera all'altrui servizio; 2° Quella de' vetturini sì per terra come per acqua, che s'incaricano del trasporto delle persone o delle cose; 3° Quella degli imprenditori di opere ad appalto o cottimo»; art. 1628: «nessuno può obbligare la propria opera all'altrui servizio che a tempo, o per una determinata impresa». Più corretto l'art. 1544 del *Código civil* spagnolo del 1889, nel quale l''arrendamiento de obras' (in cui «una de las partes se obliga a ejecutar una obra») è sufficientemente distinto — pur come *species* del *genus* 'locazione di opere' — dall''arrendamiento de servicios' (in cui «una de las partes se obliga ... a prestar a la otra un servicio»).

[18] Cfr. ad es. L. GUILLOUARD, *Traité du contrat de louage*, II², Paris 1887, 206; C. SEQUI, *Locazione (in genere)*, in «NDI» VII, Torino 1938, 1000.

Soprattutto la dottrina italiana, tuttavia, poteva riferirsi ad altri schemi, che nel frattempo erano venuti emergendo in area olandese e tedesca.

Già nel *Commentarius ad Pandectas* dell'olandese Johann Voet (1680) — come ha rilevato l'Olivier-Martin[19]; ma non solo nella sua opera, come invece sostiene lo studioso francese — troviamo una maggiore autonomia della *locatio operis*. Oltre all'*usus rei* e alle *operae*, «praecipua locationis objecta, etiam opus locari potest»[20]. E tuttavia, pur se in una simile, più netta distinzione, anche in questo autore non viene meno il legame inscindibile tra *opus* e *opera*: il *conductor operis* continua ad essere spiegato come *locator operarum*[21], e non muta la definizione generale della *locatio* come contratto di scambio tra la *merces* e l'*usus rei* o l'*opera*[22] — il che non è certamente un «illogisme», come pure è stato sostenuto[23], ma è il portato di tutta la tradizione precedente.

Più o meno negli stessi anni, in Germania, iniziano a comparire formulazioni analoghe, che giungeranno fino quasi alle soglie di questo secolo: da giuristi dell'*usus modernus Pandectarum*, come Wege o Heinecke[24], a tardi giusnaturalisti come Hofacker[25], a seguaci della Scuola storica come Hugo e Puchta[26], a pandettisti come Arndts, Baron, Wächter, Sintenis[27]. Peraltro,

---

[19] F. OLIVIER-MARTIN, *Des divisions du louage en droit romain*, in «RH» s. IV, 15 (1936) 467 ss.

[20] VOETII *Commentarius ad Pandectas*, ad D. 19. 2, n. 33, ed. cit., I, 679.

[21] VOETII *Commentarius ad Pandectas*, ad D. 19. 2, n. 33, ed. cit., I, 679: «ac in hac operis locatione conductor mercedem accipit, locator dat; cum alioquin in usus aut operarum locatione locator accipiat mercedem, conductor praestet (...) quamvis et illud verum sit, conductorem operis simul dici posse locatorem operae, in quantum artifex, qui insulam aedificandam aut quid simile faciendum conduxit, operam suam elocat, id est, faciendi necessitatem».

[22] VOETII *Commentarius ad Pandectas*, ad D. 19. 2, n. 1, ed. cit., I, 667: «contractus bonae fidei, consensu constans, de usu vel opera cum mercede commutanda».

[23] Dall'OLIVIER-MARTIN, *Des divisions du louage*, cit., 468.

[24] WEGENS *De locatione et conductione*, V. 44, ed. cit., 144: «alterum essentiale (...) consistit in concessione usus rei locatae, vel opera personae praestanda, opereve faciendo»; HEINECCII *Elementa iuris civilis*, in *Opera*, cit., V, 330 (§ 320) «Locatio conductio recte dividatur in rei, operarum, et operis» Ma si aggiunge una nota in cui si spiega, riferendosi alla *locatio operis*: «in ea locatione id singulare est, quod, qui mercedem accipit, dicitur conductor vel redemtor operis, quum simul locator operarum sit: is vero, qui dat mercedem, locator operis, quum tamen conductor operarum sit».

[25] C. C. HOFACKER, *Principia juris civilis Romano-Germanici*, III, Tubingae 1798, 227 (§ 1981; in 221 [§ 1976] sembra pensare ad una bipartizione).

[26] G. HUGO, *Lehrbuch eines civilistischen Cursus*, III, Berlin 1822, 461; G. Fr. PUCHTA, *Pandekten*[7], Leipzig 1853, 524 s. (§ 365). Cfr. anche L. A. WARKÖNIG, *Commentarii juris Romani privati*, II, Leodii 1829, 255.

[27] K. L. ARNDTS, *Pandette* (tr. it.), II[3], Bologna 1880, 324 s. (§ 309), 336 s. (§ 314) 338 ss. (§ 315); J. BARON, *Pandekten*[8], Leipzig 1893, 523 (§ 292); VON WÄCHTER, *Pandekten*, cit., II, 476 ss., spec. 479 (§ 209); SINTENIS, *Das practische gemeine Civilrecht*, cit., II[3], 654 (§ 118), che riconosce «drei Arten», ma afferma (nt. 1) che «eigentlich», la *locatio operis* sarebbe una «Unterart» della *locatio operarum*.

questa diversa impostazione dei rapporti tra *locatio operarum* e *operis* ha conseguenze — così come in ambito francese — anche sulle codificazioni. Se il *Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis* (CMBC) del 1756 e l'*Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten* (ALR) del 1794 trattano ancora unitariamente i due contratti, considerando la *locatio operis* sostanzialmente come una locazione di *operae*[28], l'*Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch* (ABGB) del 1811 li pone sullo stesso piano, ma come forme distinte — anche se all'interno della medesima categoria generale 'Dienstleistungen'[29]. Insomma, vi sono indizi di un mutamento incipiente, ma non si è ancora realizzata un'autentica tripartizione.

Un momento di reale novità si ha invece, almeno a mio avviso, con le *Pandekten* del Dernburg, giurista particolarmente attento alle esigenze della pratica[30]. È già emblematico il fatto che egli definisca non più 'der Miethvertrag', bensì «die Miethverträge»[31], distinguendo senz'altro «drei Hauptarten»[32]. Ma, soprattutto, egli critica esplicitamente quanti (e fa l'esempio del Wächter[33]) considerano la *locatio operis* come una forma di *locatio operarum*.

[28] CMBC, IV. 6 § 7; in W. X. A. VON KREITTMAYR, *Anmerkungen über den Codicem Maximilianeum Bavaricum Civilem*, München 1765, 1546, si distingue tra la *locatio operarum* in cui ci si obbliga «*ad operas* nur *indefinite*», da quella in cui ci si obbliga «*ad certum opus*»: la prima prende il nome di *locatio operarum in specie*, l'altra di *locatio operis* (che a sua volta si distingue a seconda che l'*opus* sia realizzato *ex propria vel aliena materia*: nel primo caso si ha *emptio venditio*, nel secondo *locatio conductio*). La struttura dell'ALR è tale (cfr. *infra*, § 6 nt. 112), per cui la *locatio operarum* viene trattata sia fra i modi di acquisto della proprietà, e in particolare tra i contratti di scambio di 'Sachen' contro 'Handlungen', o di 'Handlungen' contro 'Handlungen' (I. 11. 8 §§ 894-924), sia (rispetto ai rapporti tra padroni e servitori) nell'ambito dei rapporti di famiglia (II. 5 §§ 1 ss.); la *locatio operis* è fatta seguire alla prima serie di paragrafi della *locatio operarum* (§§ 925-980), essendo trattata come una sua specie particolare, nella quale il prestatore d'opera è obbligato «nicht bloß zu einer Arbeit», ma ad «ein ganzes Werk in Pausch und Bogen» (§ 925).

[29] ABGB § 1151: «wenn jemand sich auf eine gewisse Zeit zur Dienstleistung für einen anderen verpflichtet, so entsteht ein Dienstvertrag; wenn jemand die Herstellung eines Werkes gegen Entgelt übernimmt, ein Werkvertrag».

[30] Per questo giudizio sul giurista, cfr. F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*², Göttingen 1967 = *Storia del diritto privato moderno*, II, Milano 1980, 144. Per la verità già in precedenza, in opere di carattere monografico — penso soprattutto al DEGENKOLB, *Platzrecht und Miethe*, cit., 130 ss., e al BECHMANN, *Der Kauf*, cit., I, 428 e nt. 3 — la *locatio operis* aveva assunto dignità di terza *species*, non legata alla *locatio operarum*; ma con il Dernburg la novità viene adottata per la prima volta in un'opera a carattere generale e di grande rilievo.

[31] DERNBURG, *Pandekten*, cit., II⁸, 780 (§ 367): «die Miethverträge stellen uns Sachen oder Arbeitskräfte auf Zeit gegen ein Geldäquivalent zur Verfügung»; ma cfr. anche PERNICE, *Zur Vertragslehre der römischen Juristen*, cit., 239 e nt. 3, con esplicita critica alla dottrina (Arndts, Windscheid) che riconduce la *locatio operis* alla *locatio operarum*: è il 'Gegenstand' che fa la differenza (*ibid.*, 242; il Pernice non cita Dernburg, ma la sua opera, del 1888, è successiva alla prima edizione [1884] delle *Pandekten* di quest'ultimo).

[32] DERNBURG, *Pandekten*, cit., II⁸, 780 (§ 367).

[33] Cfr. *supra*, nt. 27.

Anche se entrambe si fondano sul lavoro dell'artefice, secondo il Dernburg le due figure sarebbero fra loro nettamente distinte, in quanto solo nella prima rileva il risultato — e qui, naturalmente, egli cita D. 50. 16. 5. 1[34].

La proposta potrebbe anche apparire una lettura isolata; ma essa acquista una notevole risonanza perché è la tripartizione del Dernburg, e non la più tradizionale bipartizione del Windscheid, ad essere accolta nel BGB: quest'ultimo, infatti, distingue tra loro 'Miete' e 'Pacht' (§§ 535-597), 'Dienstvertrag' (§§ 611-630) e 'Werkvertrag' (§§ 631-651) — cui è accostato il 'Reisevertrag' (§§ 651*a-l*)[35].

Il *Codice civile* italiano del 1942, com'è noto, abbandona l'unitarietà della *locatio conductio* frammentandola in figure come la locazione di cose, l'affitto, la somministrazione, l'appalto, il contratto d'opera, il contratto di trasporto, il contratto di lavoro subordinato[36]. Ma la dottrina italiana, come dicevo, non ha atteso l'entrata in vigore del nuovo codice per dividere la locazione nelle tre forme ormai canoniche — ed entro le quali continuano ad essere ricondotti i singoli 'tipi' dell'ordinamento vigente. Ad esempio, nelle *Istituzioni di diritto civile italiano* del Pacifici-Mazzoni o nel trattato *Della locazione* dell'Abello, leggiamo che la distinzione tra *locatio operarum* e *operis*, anche se non accolta nel *Codice civile* italiano del 1865, è tuttavia «insita nella natura dell'istituto, e anche in pratica non può prescindersene»[37].

Tutto questo, naturalmente, non poteva non proiettarsi anche sull'interpretazione delle fonti romane da parte degli storici del diritto. Ad esempio, è impressionante notare, con il Kaufmann[38], che la recezione della

---

[34] DERNBURG, *Pandekten*, cit., II[8], 788 s. nt. 3 (§ 370): «es ist unrichtig, wenn viele, z.B. Wächter (...), die *l. c. operis* als 'einen Fall' der *l. c. operarum* bezeichnen. Es handelt sich bei ihr vielmehr um einen herzustellenden ökonomischen Effect. l. 5 § 1 D. de V. S. 50, 16. (...) Natürlich ist aber für diesen Effect von seiten des Unternehmers Arbeit aufzuwenden».

[35] Cfr. anche lo *Schweizerisches Obligationenrecht* (OR) del 1884, artt. 253 ss. ('Miete'), 275 ss. ('Pacht'), 319 ss. ('Arbeitsvertrag'), 363 ss. ('Werkvertrag').

[36] Cod. civ. it. (1942), artt. 1571 ss. (locazione di cose), 1615 ss. (affitto), 1559 ss. (somministrazione), 1655 ss. (appalto), 2222 ss. (contratto d'opera), 1678 ss. (contratto di trasporto), 2060 ss. (lavoro subordinato).

[37] E. PACIFICI-MAZZONI, *Istituzioni di diritto civile italiano*, V[4], Firenze 1913, 232 ss., distingue — ripetendo forse inconsapevolmente, e comunque in senso diverso, la tripartizione della Glossa — tre forme di locazione: locazione di cose, opere, e mista di cose ed opere (ossia colonìa e soccida); all'interno della locazione di opere, poi, divide la *locatio operis* dall'*operarum* (*ibid.*, 318 nt. 1); L. ABELLO, *Della locazione*, I, Napoli 1905, VI ss. formula critiche all'unità della locazione, avvertendo che, anche se oggetto del contratto di locazione è sempre l'utilità realizzata su cose od opere, tuttavia «non si può prescindere dall'avvertire che l'utilità, oggetto del contratto, deriva da fonti troppo diverse per potersi considerare nella natura e efficacia sua»: la dignità della persona umana non lo consente, e una «analogia di elementi costitutivi» sarebbe ravvisabile solo concependo la persona del lavoratore come uno schiavo, «possibile oggetto di possesso e quindi d'uso e godimento», come in diritto romano. Cfr. anche *ibid.*, 3 s.

[38] KAUFMANN, *Die altrömische Miete*, cit., 6 s., 354 nt. 94.

tripartizione nel BGB ha modificato anche la formula della *locatio conductio* contenuta nelle diverse edizioni di un'opera filologica come la ricostruzione dell'*edictum perpetuum* del Lenel:

a) nella prima edizione, del 1883[39], il Lenel riproduce sostanzialmente la formula riportata dal Rudorff[40], che conteneva unicamente *fundum* e *operas* (mi limito a riportare la formula dell'*actio locati*): *Quod* A^s A^s N^o N^o *fundum (operas) q. d. a. locavit, quidquid ob eam rem* N^m N^m A^o A^o *dare* FACERE OPORTET EX FIDE BONA, *eius, iudex,* N^m N^m A^o A^o *c. s. n. p. a.* Come si vede, manca ogni riferimento all'*opus locatum*. In quegli anni, la dottrina dominante in Germania era rappresentata essenzialmente dalla posizione fatta propria dal Windscheid, il quale, come si è detto, riconosceva solo due specie di locazione, *rei* e *operarum*; la *locatio operis* appare essere soltanto «ein besonderer Fall der Dienstmiethe» nel quale si guarda all''Arbeitsresultat'[41];

b) la seconda edizione dell'opera, del 1907[42] (rispetto alla quale la terza edizione non contiene, sul punto, variazioni[43]), è completamente diversa. Per la prima volta, compare l'*opus locatum*: *Quod* A^s A^s N^o N^o *fundum (opus faciendum, operas) q. d. a. locavit, q. d. r. a., quidquid ob eam rem* N^m N^m A^o A^o *dare* FACERE OPORTET EX FIDE BONA, *eius iudex* N^m N^m A^o A^o *c. s. n. p. a.* La novità non può che essere attribuita al fatto che nel 1900 era entrato in vigore il BGB e che conseguentemente, nella 'herrschende Meinung', alla tradizionale bipartizione si era sostituita la tripartizione del Dernburg: poiché il 'Werkvertrag' aveva assunto rilevanza dogmatica autonoma, il Lenel ha modificato la *demonstratio*, inserendo la tripartizione nella formula delle azioni[44].

Nei secoli qualcosa, evidentemente, è cambiato. Tra la concezione dei giuristi romani e quella dei moderni si è verificato uno iato che ha indotto a porre l'accento più sui singoli 'modelli negoziali' che sullo schema obbligatorio unitario.

Ma non basta. Il mutamento di prospettive ha coinvolto anche gli studiosi del diritto romano, perché i sostenitori della tripartizione hanno del tutto perso di vista l'unitarietà sostanziale del 'tipo', e i so-

---

[39] O. LENEL, *Das edictum perpetuum*[1], Leipzig 1883, 240.

[40] Cfr. A. Fr. RUDORFF, *Edicti perpetui quae reliqua sunt*, Lipsiae 1869, 125 (mi limito a riportare la formula dell'*actio ex locato*): *Iudex esto. Quod* A^s A^s N^o N^o *fundum (operas) q. d. a. locavit, quidquid paret* N^m N^m A^o A^o DARE FACERE OPORTET EX FIDE BONA, *eius iudex* N^m N^m A^o A^o, *c. s. n. p. a.*

[41] Cfr. WINDSCHEID, *Pandectenrecht*, cit., II[8], 670 ss. = *Pandette*, cit., II, 538 ss. (§ 399).

[42] O. LENEL, *Das edictum perpetuum*[2], Leipzig 1907, 290.

[43] LENEL, *Das edictum perpetuum*[3], cit., 299 s.

[44] A questo riguardo, non sarà inutile ricordare che M. KASER, in «Iura» 11 (1960) 234, ha notato che la 'Musterformel' probabilmente riportava solo un esempio (ad es. il *fundus Cornelianus*).

stenitori dell'unitarietà hanno poggiato le proprie ricostruzioni non sull'identità di schema obbligatorio (*merces-uti frui*) — che anzi è stato etichettato come «pandettistico»[45] — ma su un tentativo di far coincidere fra loro i vari 'modelli' poggiandosi su uno dei loro elementi (la *res*, per l'Arangio-Ruiz, il Brasiello e l'Amirante; oppure l'*opera*, per il Pinna Parpaglia e il Vigneron)[46]. In qualche modo, così operando, l'unità del 'tipo' è stata ricercata continuando a ragionare nella logica dei 'modelli negoziali': questi ultimi si differenziano tra loro per il diverso 'oggetto del contratto' (*res, opera, opus*), e proprio tentando di far coincidere tra loro i diversi 'oggetti' la dottrina ha cercato di ricondurre i vari 'modelli' ad unità. Ma non è nell'annullamento dei 'modelli' che va ricercata — almeno a mio avviso — l'unità del 'tipo': l'esame delle fonti romane induce piuttosto a pensare a distinti piani dogmatici, che evidentemente nel passaggio dal diritto romano 'dei romani' al diritto romano della tradizione romanistica[47] hanno assunto un rilievo differente.

Ciò comporta, però, che il problema del rapporto tra 'tipo' e 'modelli' possa dirsi realmente compreso solo se si ricostruiscono le tappe di questo sviluppo. Non solo allo scopo di chiarire i passaggi interni alla tradizione romanistica, ma anche al fine di comprendere la logica delle soluzioni sinora proposte dalla dottrina contemporanea, e soprattutto di verificare la ricostruzione delle concezioni romane avanzata nei capitoli precedenti: la storicizzazione e la conseguente 'relativizzazione' del nostro strumentario concettuale sono la condizione necessaria per avvicinarsi il più possibile alla prospettiva dei *prudentes*.

A questo scopo, credo sia utile prendere lo spunto dalle pagine dedicate alla locazione da Jean Domat.

Il grande giurista francese, nel 1694, con notevole consapevolezza storica, scriveva che i giuristi romani ricomprendevano tutte le specie di locazione sotto il medesimo nome di *locatio conductio* in considerazione del fatto che in ciascuna si realizza un godimento su una cosa o sul lavoro altrui per un certo prezzo. D'altra parte però, aggiungeva, anche se elemento comune a tutte le figure è il fatto che «d'un donne à l'autre la jouissance ou l'usage d'une chose, ou de son

---

[45] AMIRANTE, *Ricerche*, cit., 53 ss., 102 ss.

[46] Cfr. *supra*, Intr. § 1.

[47] Utilizzo le espressioni, ovviamente, nel senso dato loro da ORESTANO, *Introduzione*[2], cit., 456 ss.

travail pendant quelque temps pour un certain prix», tuttavia è preferibile parlare di ogni *species* separatamente, poiché ciascuna ha un diverso regime e una diversa «nature»[48].

Una diversa «n a t u r e». Io credo che il problema dogmatico dell'unitarietà o della tripartizione della *locatio conductio* sia da rintracciare tutto in questo scarto tra la concezione r o m a n a , che sembra tener conto, ai fini della tipicità, unicamente dell'identità di schema obbligatorio, e quella r o m a n i s t i c a , che invece individua una diversa 'natura', una diversa 'essenza', in ciascun 'modello', in considerazione della diversità di 'oggetto'.

Per ricostruire i termini di questo confronto, è necessario chiarire il valore concettuale di queste categorie. E soprattutto, posto il rilievo assunto dall''oggetto del contratto' (*res, opera, opus*) nell'affermazione dei 'modelli negoziali' sull'unitarietà del 'tipo', è necessario prestare particolare attenzione al significato, storico e dogmatico, di quest'ultima nozione.

2. L'EMERGERE DELLA VISIONE «SOSTANZIALISTICA» DEL CONTRATTO: L''INTERPRETATIO' MEDIEVALE DEL 'CORPUS IURIS CIVILIS' E LA NASCITA DELLA DOTTRINA DEI 'SUBSTANTIALIA'.

2.1. *Le premesse nella compilazione giustinianea*: substantia contractus.

L'indagine può prendere le mosse da un passo di Papiniano (Pap. 10 *quaest.* D. 18. 1. 72 pr.), che ai giuristi medievali apparve

[48] DOMAT, *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, I. 4. 1 pr. e 1, ed. cit., I, 86 ss. (dopo aver enumerato tutta una serie di rapporti riconducibili alla *locatio conductio*): «toute ces especes de conventions ont cela de commun qu'en chacune l'un jouit de la chose de l'autre, ou use de son travail pour un certain prix, et c'est par cette raison que dans le Droit romain elles sont toutes comprises sous le noms de louage et de conduction». La terminologia è spiegata nel senso che nel 'louage des choses' locatore è colui che dà una cosa al conduttore perché ne goda; nel 'louage du travail' locatore è «celui qui donne un ouvrage à faire» e conduttore «celui qui entreprend l'ouvrage, et qui donne son travail et son industrie». «Quoique le nom de louage soit commun dans le Droit Romain à toutes ces sortes de conventions, et qu'on y ait compris sous un même titre, et sans distinction, (...) on a cru devoir distinguer ce que nous appellons simplement louage, comme d'une maison, d'un cheval ou autre chose, et les baux à ferme ou à labourage et les prix faits». E poiché queste figure non sono distinte solo dal diverso nome, ma hanno differenze anche «dans leur nature et dans leur regles», Domat le analizza partitamente.

pervaso di principi filosofici[49].

Il giurista severiano osserva che i *pacta conventa* dopo la conclusione di una compravendita — sia quando sottraggano, sia quando aggiungano qualcosa — costituiscono *admninicula emptionis* (così, ad esempio, un accordo che escluda la prestazione di una *cautio duplae* o che preveda accanto ad essa la presenza di un fideiussore), e non valgono se è l'*emptor* a promuovere l'azione, ma possono essere fatti valere da quest'ultimo a livello di *exceptio*. Non senza ragione, scrive il giurista, si discute se si possa dire lo stesso rispetto ad un patto che riguardi l'aumento o la diminuzione del prezzo: infatti nel prezzo è da ravvisare la *substantia* della compravendita. Paolo, per parte sua, supera il *quaeritur* affermando che un patto sulla diminuzione o sull'aumento del prezzo determina una *nova emptio*[50].

Queste affermazioni di Papiniano vengono riportate anche in un testo di Ulpiano (Ulp. 4 *ad ed.* D. 2. 14. 7. 5), nel quale tuttavia non si utilizza l'espressione *substantia*, ma il termine *natura*: citando il giurista più antico, Ulpiano afferma che, se in un momento successivo alla conclusione dell'*emptio* si convenga tra le parti *aliquid extra naturam contractus*, non si potrà agire *ex empto* in virtù della regola per cui un *pactum* non può generare un'*actio*[51].

Il problema della genuinità delle espressioni *substantia emptionis* e *natura contractus* contenute nei due testi è stato discusso soprattutto in passato. Si è pensato, infatti, che esse siano state introdotte dai compilatori in omaggio alla dottrina bizantina della *natura contractus*. Ma la questione è ormai per lo più superata nel senso della genuinità, tanto rispetto a D. 18. 1. 72 pr.[52], quanto rispetto a D. 2. 14. 7. 5[53].

---

[49] Cfr. BALDI DE UBALDIS *In secundam partem super Digesto Veteri*, ad D. 18. 1. 72 pr., ed. cit., 133*r*: «l. constituta principis philosophicis».

[50] Pap. 10 *quaest.* D. 18. 1. 72 pr.: *pacta conventa, quae postea facta detrahunt aliquid emptioni, contineri contractui videntur: quae vero adiciunt, credimus non inesse. quod locum habet in his, quae adminicula sunt emptionis, veluti ne cautio duplae praestetur aut ut cum fideiussore cautio duplae praestetur. sed quo casu agente emptore non valet pactum, idem vires habebit iure exceptionis agente venditore. an idem dici possit aucto postea vel deminuto pretio, non immerito quaesitum est, quoniam emptionis substantia consistit ex pretio. Paulus notat: si omnibus integris manentibus de augendo vel deminuendo pretio rursum convenit, recessum a priore contractu et nova emptio intercessisse videtur.*

[51] Ulp. 4 *ad ed.* D. 2. 14. 7. 5: *(...) idem responsum scio a Papiniano* (fr. 173 LENEL), *et si post emptionem ex intervallo aliquid extra naturam contractus conveniat, ob hanc causam agi ex empto non posse propter eandem regulam, ne ex pacto actio nascatur.*

[52] L'ultima parte del brano di Papiniano, che è quella che qui ci interessa, è stata ritenuta per intero compilatoria da H. SIBER, *Contrarius consensus*, in «ZSS» 42 (1921) 86 ss., spec. 89 (*sed quo casu — ex pretio*); solo in parte interpolata da S. PEROZZI, *Le obbli-*

Piuttosto, è necessario chiedersi che valore avessero, per i due giuristi, simili espressioni. A mio avviso, in entrambi i casi non si può pensare ad un uso 'tecnico' del vocabolario filosofico quale quello che abbiamo rintracciato in Sabino (D. 18. 1. 20[54]). Espressioni come *substantia emptionis*, *obligationis*, *cognationis*, *exceptionis*, *actionis*, assumono, nei testi dei giuristi tardo-classici e nelle costituzioni del III secolo[55], il valore generico di 'essenza, esistenza, contenuto' (della com-

---

gazioni romane, Bologna 1903 = *Scritti giuridici*, II, Milano 1948, 321 nt. 1; B. BIONDI, *Iudicium bonae fidei*, in «AUPA» 7 (1920) 31 ntt. 2-3; H. STOLL, *Die formlose Vereinbarung der Aufhebung eines Vertragsverhältnisses im römischen Recht*, in «ZSS» 44 (1924) 66, spec. 68, e G. GROSSO, *Efficacia dei patti nei 'bonae fidei iudicia'. — Patti e contratti*, Torino 1928, 24 ss., spec. 28 nt. 1 (*quoniam — ex pretio*). Per lo STOLL, *loc. ult. cit.*, in particolare, l'inserimento dell'espressione *substantia contractus* deriverebbe dalla teoria bizantina della *natura contractus* (così come anche il riferimento agli *adminicula*). In realtà, però, l'espressione *substantia* ricorre con un significato simile anche in altre fonti (cfr. *infra*, nt. 55), e dunque non c'è motivo di ritenerla interpolata (cfr. in questo senso B. SANTALUCIA, *Le note pauline ed ulpianee alle 'quaestiones' ed ai 'responsa' di Papiniano*, in «BIDR» 58 [1965] 71, ma sembra pronunciarsi per la genuinità già P.-É. VIARD, *Les pactes adjoints aux contrats en droit romain classique*, Paris 1929, 127 nt. 1); d'altra parte lo stesso G. ROTONDI, *Natura contractus*, in «BIDR» 24 (1911) 107 ss. — il quale, insieme a Carlo Longo per il profilo processuale (C. LONGO, *Il criterio giustinianeo della 'natura actionis'*, in *Studi V. Scialoja*, I, Milano 1904, 607 ss; ID., *'Natura actionis' nelle fonti bizantine*, in «BIDR» 17 [1905] 34 ss.), è stato il maggior assertore di questa teoria (cfr. però anche P. COLLINET, *Études historiques sur le droit de Justinien*, I, Paris 1912, 192 ss., che ha accolto e sviluppato le teorie precedenti, e Fr. PRINGSHEIM, *'Natura contractus' und 'natura actionis'* [Ἑκάστῳ τῶν συναλλαγμάτων φύσιν ἐξ ἀρχῆς ἐπιτεθείκασι οἱ σοφοί], in «SDHI» 1 [1935] 73 ss., che ha inteso correggere l'impostazione del Longo e del Rotondi con l'attribuire la creazione della nozione alle scuole pregiustinianee anziché alla legislazione imperiale) — considerava genuina l'espressione, sottolineando la differenza con la parallela (e, a suo avviso, interpolata: cfr. *infra*, nt. 53) espressione *natura contractus* di Ulp. 4 *ad ed.* D. 2. 14. 7. 5. Sul tema, cfr. da ultimo, con particolare attenzione alla diversa valenza dell'espressione nella giurisprudenza classica, in diritto bizantino e in diritto moderno, Th. MAYER-MALY, *Natura contractus*, in *Collatio iuris Romani (Études H. Ankum)*, I, Amsterdam 1995, 291 ss. (sui passi di Papiniano e Ulpiano, spec. 294 s.).

[53] La genuinità di questo testo è più dubbia: cfr. ROTONDI, *Natura contractus*, cit., 58, 107 ss.; R. KNÜTEL, *Die Inhärenz der exceptio pacti im bonae fidei iudicium*, in «ZSS» 84 (1967) 142; ID., *Contrarius consensus. Studien zur Vertragsaufhebung im römischen Recht*, Köln - Graz 1968, 66. Ma la dottrina più recente è orientata anche in questo caso verso la genuinità: cfr. da ultimo MAYER-MALY, *Natura contractus*, cit., 291 ss., spec. 294 s. D'altra parte, occorre ricordare (e lo stesso ROTONDI, *op. ult. cit.*, 51; cfr. 22, 58, 96 ss., 101 ss., lo riconosce), che il termine *natura* è usato dai classici anche in espressioni come *natura depositi* o *mandati* (Pap. 9 *quaest.* D. 16. 3. 24; Paul. 5 *quaest.* D. 19. 5. 5. 4).

[54] Cfr. *supra*, cap. IV § 2.2.

[55] *Substantia emptionis*: C. 4. 38. 3; C. 4. 44. 8 (a. 293); *substantia obligationis*: C. 4. 2. 6 pr. (a. 293), Scaev. 2 *quaest.* D. 14. 6. 6, Paul. 56 *ad ed.* D. 46. 3. 54 e Paul. 2 *inst.* D. 44. 7. 3 pr. (cfr. anche Inst. 3. 22. 1; 3. 27 pr.); *substantia cognationis*: Mod. 12 *pand.* D. 38. 10. 4. 2. Cfr. anche *substantia exceptionis*: Gai. 4. 118; *substantia actionis*: Inst. 4. 6. 7; 4. 6. 13.

pravendita, dei rapporti di obbligazione, ecc.). Si tratta, in questo caso, di una terminologia di origine filosofica che però non pare inserirsi — nell'uso che ne fanno i giuristi — all'interno di concezioni ben definite[56]: è probabile che Papiniano, con l'opposizione tra *adminicula* e *substantia emptionis*, intendesse semplicemente significare la presenza, nel contratto, di elementi la cui assenza non pregiudica l'esistenza stessa del negozio, e di elementi che invece devono necessariamente essere presenti affinché quel negozio possa esistere. Potremmo insomma porre la sua affermazione sullo stesso piano di quei testi nei quali si legge che non può esservi *locatio* senza *merces*. E lo stesso discorso potremmo fare per la resa ulpianea di questo pensiero: è probabile che Ulpiano utilizzi il termine *natura* nel senso, comune ai giuristi classici, di «struttura di un istituto (...) in quanto essa risulta così configurata obbiettivamente, per necessità materiale o logica»[57].

Insomma: Papiniano afferma semplicemente che non è concepibile una compravendita senza *pretium*; non — come invece spesso gli

---

[56] Il valore di *substantia* è stato studiato soprattutto rispetto a Paul. 2 *inst.* D. 44. 7. 3 pr. Il passo era ritenuto interpolato dal PEROZZI, *Le obbligazioni romane*, cit., 319 nt. 1, per il quale *substantia* sarebbe la traduzione letterale del termine οὐσία, così come usato da Platone e Aristotele: non sarebbe, perciò, né termine, né concetto romano, ma proverrebbe dai bizantini (interpolati sarebbero anche D. 14. 6. 6 e D. 18. 1. 72 pr.). La maggioranza degli studiosi, però, ha ammesso la classicità dell'espressione e del concetto, nel senso descritto in testo di 'essenza, esistenza, contenuto': cfr. (mi limito ad alcune citazioni) E. CARUSI, *Sul concetto di obbligazione*, in *Studi V. Scialoja*, I, Milano 1905, 142; C. FADDA, *Teoria del negozio giuridico*, Napoli 1909, 30 s.; G. PACCHIONI, *Concetto e origine dell''obligatio' romana*, App. I di Fr. C. VON SAVIGNY, *Le Obbligazioni*, I, Torino 1912, 655 s.; ID., *Trattato delle obbligazioni*, Torino 1927, 3 e nt. 3; A. MARCHI, *Le definizioni romane dell'obbligazione*, in «BIDR» 29 (1916) 13 s.; P. BONFANTE, *Corso di diritto romano. IV. Le obbligazioni*, in *Opere*, VII, Milano 1979, 18; G. SEGRÈ, *'Obligatio, obligare, obligari' nei testi della giurisprudenza classica e del tempo di Diocleziano*, in *Studi P. Bonfante*, III, Pavia 1929, 547 ss.; M. KASER, *Stellvertretung und 'notwendige Entgeltlichkeit'*, in «ZSS» 104 (1974) 172; S. WEYAND, *Kaufverständnis und Verkäuferhaftung im klassischen römischen Recht*, in «TR» 51 (1983) 230; ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, cit., 6; C. A. CANNATA, *Usus hodiernus pandectarum, common law, diritto romano olandese e diritto comune europeo*, in «SDHI» 57 (1991) 393. In generale, per la genuinità, e con una analisi critica della dottrina precedente, cfr. G. SCHERILLO, *Le definizioni romane delle obbligazioni*, in *Studi G. Grosso*, IV, Torino 1971,102 ss.; cfr. anche L. LANTELLA, *Note semantiche sulle definizioni di 'obligatio'*, in *Studi G. Grosso*, IV, Torino 1971, 183 nt. 18, 186. Attribuiscono l'uso del termine ad influssi filosofici (ma senza mettere in dubbio la genuinità del testo) A. CARCATERRA, *Dialettica e giurisprudenza*, in «SDHI» 38 (1972) 315 s. e M. TALAMANCA, *Obbligazioni (diritto romano)*, in «ED» XXIX, Milano 1979, 19 nt. 130.

[57] ROTONDI, *Natura contractus*, cit., 51; cfr. 22, 58, 96 ss., 101 ss. Concezione, questa, che è distinta da quella propria dei bizantini, per i quali *natura contractus* è «la struttura giuridica positiva che la legge attribuisce ai singoli istituti, struttura considerata sia nel complesso sia nei singoli elementi costitutivi» (*ibid.*, 67; cfr. 51, 73)

si fa dire[58] — che il prezzo è un 'elemento essenziale' della compravendita. Egli non conosce la dottrina dei *substantialia contractus*[59], così come Ulpiano non allude a quella dei *naturalia*[60]: l'una e l'altra nozione sono il prodotto di un processo di sistematizzazione che ha inizio nell'interpretazione dei giuristi medievali.

2.2. *L'influenza aristotelica sulla dottrina medievale dei* substantialia contractus.

La fonte più antica a nostra disposizione circa l'interpretazione medievale di D. 18. 1. 72 pr. sembrerebbe essere la gl. *dolia in horreis* ad D. 18. 1. 76 di Irnerio:

> inseruntur pacta ut de substantia contractus vel aminicula contractus vel extranea et hoc circa rem vertentem in contractu vel extra[61].

[58] Cfr. E. COSTA, *Papiniano. Studio di storia interna del diritto romano*, I, Bologna 1894, 350: «elemento sostanziale»; GROSSO, *Efficacia dei patti nei 'bonae fidei iudicia'*, cit., 27: «elemento essenziale»; P. W. DUFF, *An Arrangement Concerning Shortage of Measure, and Pacts in General*, in *Studies in the Roman Law of Sale (Studies F. De Zulueta)*, Oxford 1959, 70: «essential element»; cfr. anche STOLL, *Die formlose Vereinbarung der Aufhebung eines Vertragsverhältnisses*, cit., 68.

[59] Assente anche in diritto bizantino: cfr. ancora ROTONDI, *Natura contractus*, cit., 67. Ciò è d'altra parte mostrato dal fatto che in Bas. 19. 1. 72 (SCHELTEMA, A. III, 922), a commento di 18. 1. 72 pr., il riferimento alla *substantia* è addirittura omesso, mentre in Bas. 11. 1. 7. 5-6 (SCHELTEMA, A. II, 626 s.) e nello sch. εἰρήκαμεν (13) ad loc. (SCHELTEMA, B. I, 194 ss.), a commento di D. 2. 14. 7. 5, si parla diffusamente della φύσις τοῦ συναλλάγματος. La stessa, pur nella critica alla dottrina dei Basilici, è richiamata dall'anonima *Meditatio de pactis nudis*, 4. 4; 5. 13; 6. 9; 6. 17; 6. 23 (particolarmente importante); 7. 13 (cfr. l'edizione di H. MONNIER - G. PLATON, *La 'meditatio de pactis nudis' [*Μελέτη περὶ ψιλῶν συμφώνων*]*, in «RH» 37 [1913] 158 ss., 311 ss.; cfr. 135 ss., 474 ss., 624 ss.). Secondo H. COING, *A Typical Development in the Roman Law of Sales*, in «The Jurist» (Seminar) 8 (1950) 19 ss.; ID., *Zum Einfluß der Philosophie des Aristoteles auf die Entwicklung des römischen Rechts*, cit., 32 (seguito da I. BIROCCHI, *Causa e categoria generale del contratto*, I, Torino 1997, 58 nt. 86), la dottrina degli *essentialia, naturalia* e *accidentalia negotii* sarebbe nata in età medievale attraverso una precisazione del concetto, già bizantino, di *natura contractus*; ma la materia è stata originata, come vedremo, dal passo di Papiniano su *substantia-adminicula* e dal suo legame con l'espressione ulpianea (o bizantina?) *natura contractus*: nell'esegesi medievale, e nella tradizione romanistica in generale, *natura contractus* ha più di un significato: cfr. *infra*, nt. 74.

[60] La concezione romana di *natura (contractus)* «non si ricollega affatto alla dottrina dei *naturalia negotii* ... *Natura* invece per i Romani è in questo campo null'altro che struttura giuridica del rapporto, la quale talvolta è derogabile talvolta inderogabile» (C. A. MASCHI, *La concezione naturalistica del diritto e degli istituti giuridici romani*, Milano 1937, 98; cfr. 77 ss., 97 ss.; cfr. anche TALAMANCA, *Obbligazioni*, cit., 19 nt. 128).

[61] Cfr. E. BESTA, *L'opera d'Irnerio. II. Glosse inedite d'Irnerio al Digestum Vetus*, Torino 1896, 180.

Il testo, si vede chiaramente, nasce dalla contaminazione di D. 18. 1. 72 pr. e D. 2. 14. 7. 5: dal primo è tratto il riferimento a *substantia* e *adminicula*; dal secondo il riferimento a ciò che è *extra naturam*, ossia — interpreta Irnerio — *extraneum*. La dicotomia papinianea, che pure non era contraddetta dal passo di Ulpiano, genera così una tripartizione[62].

Dopo un primo periodo di incertezza, caratterizzato dalle discussioni tra Iacopo e Martino[63] circa il valore della nozione di *natura*

---

[62] P. GROSSI, *Sulla 'natura' del contratto*, in «Quaderni Fiorentini» 15 (1986) 617 s. nt. 47, vede nella glossa irneriana una prosecuzione della dicotomia di Papiniano, ma mi sembra che gli elementi nel passo siano tre, e non — come invece in Papiniano — due. I '*vel*' del passo sono infatti due: Irnerio parla di «substantia contractus vel aminicula contractus vel extranea»; egli probabilmente, come più tardi Martino (cfr. *infra*, nt. 64), considera gli *adminicula* interni al contratto, ponendoli sul piano di quelli che saranno denominati *naturalia*, e considera esterni solo i *pacta extranea* — in tal modo fraintendendo il pensiero di Papiniano.

[63] Dal confronto di questa glossa 'bolognese' con testi coevi provenienti da altri centri minori, sembra potersi dedurre che, almeno inizialmente, l'attenzione sul problema sia stata posta dalla scuola di Bologna: il tema sarà affrontato dai glossatori a commento di C. 2. 3 e 4. 54, ma non vi troviamo accenni né in *Summa Trecensis*, 2. 3 e 4. 54, in H. FITTING (hrsg.), *Summa codicis des Irnerius*, Berlin 1894, 25 ss., 123 ss. (solo un riferimento ai *pacta extra naturam contractus*, ma nessuna sistematica; in 4. 45. 7, ed. cit., 119, il *pretium* è riferito alla *natura contractus*), né in *Lo Codi*, 2. 3 e 4. 64 (versione provenzale), in F. DERRER (ed.), *Lo Codi. Eine Summa Codicis in provenzalischer Sprache aus dem XII. Jahrhundert*, Zürich 1974, 9 s. e 97 s. = 2. 3 e 4. 66 (versione latina di Riccardo Pisano), in H. FITTING (hrsg.), *Lo Codi in der lateinischen Übersetzung der Ricardus Pisanus*, Halle 1906, 10 ss., 134 ss. Nelle Istituzioni giustinianee si fa riferimento alla *substantia obligationis* in Inst. 3. 22. 1, ma lo spunto non è sfruttato minimamente in *Summa Institutionum 'Iustiniani est in hoc opere'*, 3. 13 (ad Inst. 3. 22), in P. LEGENDRE (ed.), *Summa Institutionum 'Iustiniani est in hoc opere' (Manuscript Pierpont Morgan 903)*, Frankfurt am Main 1973, 108, come invece sarà ad es. in VACARII *Liber Pauperum*, 3. 22. B, in F. DE ZULUETA - P. STEIN (edd.), *The Teaching of Roman Law in England around 1200*, London 1990, 96. Una influenza di D. 18. 1. 72 pr. in opere non riconducibili a Bologna può cogliersi al massimo — ma in una direzione totalmente diversa — nella *Summa Vindobonensis*, ossia in un commento alle Istituzioni composto con testi attribuiti a Irnerio, Bulgaro e Martino, ma «certamente non bolognese» (CORTESE, *Il diritto nella storia medievale*, cit., II, 135 nt. 90): cfr. *Summa Vindobonensis*, 3. 13 (ad Inst. 3. 13), in I. B. PALMERIUS (ed.), *Wernerii Summa Institutionum cum glossis Martini, Bulgari, Alberici, aliorumve*, in *Scripta anecdota glossatorum* (BIMAe, I), Bononiae 1914, 374 s., nella quale si trova un riferimento alla *substantia obligationis* rispetto alla *summa divisio* delle obbligazioni in *civiles* e *praetoriae*; e agli *adminicula*, intesi però nel senso che, nelle *obligationes re, verbis aut litteris contractae*, deve sommarsi al semplice consenso anche un «adminiculum, vel rei, vel verborum, seu litterarum» (*Summa Vindobonensis*, 3. 22 [ad Inst. 3. 22], in BIMAe, I, 392]). Ma la linea non è senza seguito: nello stesso senso si pronuncia anche Giovanni Bassiano (Ioh. BASSIANI *de ordine iudiciorum*, § 474, in I. TAMASSIA - I. B. PALMERIUS [ed.], *Iohannis Bassiani libellus de ordine iudiciorum*, in *Scripta anecdota glossatorum* [BIMAe, II], Bononiae 1892, 239), che fu forse allievo di Guglielmo da Cabriano (H. KANTOROWICZ, *Stu-*

contractus — che per il primo doveva coincidere con la *substantia*, e per il secondo, come forse già per Irnerio, con gli *adminicula*[64] —, si giungerà ben presto ad una sistemazione definitiva dello schema[65], che

---

dies in the Glossators of the Roman Law, Cambridge 1938, 206) e che insegnò a Bologna avendo come allievo Azzone, ma la cui opera non è collocabile sulla linea dei maestri bolognesi (CORTESE, *Il diritto nella storia medievale*, cit., II, 120).

[64] L'occasione per la disputa tra Iacopo e Martino, secondo quanto risulta dalle *Dissensiones dominorum* (*Diss. domin. Vetus collectio* § 52, in G. HAENEL [ed.], *Dissensiones dominorum*, Lipsiae 1834, 37 ss.; cfr. anche *Rogerius*, § 21, ed. cit., 85, che riporta una versione in cui manca il riferimento a Iacopo), era stata offerta dal patto *de evictione*: «in eo etiam dissentiunt: utrum pactum de evictione sit de natura contractus; et dicit Martinus, esse. Iacobus contra: nam dicit, id pactum de natura, id est, de substantia contractus esse, sine quo contractus esse non possit, veluti pactum de augendo, vel diminuendo pretio; ut evictio praestetur, de adminiculis esse dicit et non de substantia contractus (...)». Come si vede, Iacopo sosteneva che la *natura contractus* coincide con la *substantia*, e collocava il patto circa l'evizione tra gli *adminicula*. Martino, invece — forse proseguendo la linea di Irnerio: cfr. *supra*, nt. 62 — sembra identificare la *natura* con gli *adminicula*, perché sostiene che il patto sull'evizione è relativo alla *natura contractus*. Mi sembra che da tutto ciò risulti che i due giuristi non discutano entrambi in termini di bipartizione (come riteneva il KANTOROWICZ, *Glossators*, cit., 211, il quale pensava che il passaggio alla tripartizione fosse stato realizzato da Guglielmo da Cabriano; ma come abbiamo visto essa era verisimilmente già in Irnerio), bensì solo Iacopo: quest'ultimo distingueva unicamente tra *substantia / natura* e *adminicula*, ponendosi tutto sommato nella linea dei giuristi romani; Martino, invece, sulla scorta della distinzione irneriana, verisimilmente ragionava già in termini di tripartizione, in quanto distingueva tra *substantia* e *natura* (ed *extranea*), ricomprendendo il *pactum de evictione* nella seconda — il che fa pensare che, come già Irnerio, egli distinguesse gli *adminicula* dagli *extranea* e identificasse la *natura* con i primi. Naturalmente, tutto ciò porta a pensare che per alcuni glossatori gli *adminicula* non rappresentassero qualcosa di assolutamente esterno al contratto, ma una categoria 'interna' ad esso, pur se non tanto essenziale quanto i *substantialia*; e, d'altra parte, è bene ricordare che l'identificazione tra *naturalia* e *accidentalia* nella categoria papinianea di *adminicula* è resa esplicita in Accursio (cfr. *infra*, nt. 66). Può darsi che nella distinzione di Martino tra *substantia* e *natura*, e nella parallela identificazione di quest'ultima con gli *adminicula*, siano intervenute le ragioni teologiche ipotizzate dal GROSSI, *Sulla 'natura' del contratto*, cit., 593 ss., spec. 613 ss. (cfr. *infra*, nt. 70).

[65] Nella disputa, la linea vincente sembra essere stata quella di Martino (ma già di Irnerio: cfr. *supra*, nt. 62), pur se con l'eccezione di Accursio (cfr. *infra*, nt. 66). Nella *Summa Codicis* di Rogerio troviamo infatti una distinzione tra *pacta de substantia*, *de natura* o *extra naturam* (nel *Codex manuscriptus bibliothecae Laurentianae florentinae*: Plut. V. sin., Cod. 10, si legge *extranea*): i primi si hanno, ad esempio, «in venditionibus, si pactus sum de augendo pretio vel diminuendo»; i secondi, quando «caveatur de evictione cum fideiussore, ut in Dig. *de contrahenda emptione*, l. *pacta* (D. 18. 1. 72 pr.)»; i terzi, quando si sia venduta una casa «hac lege ut habitare liceret» (cfr. ROGERII *Summa Codicis*, 2. 3. 20-21; 4. 54, in I. B. PALMERIUS [ed.], *Rogerii Summa Codicis*, in *Scripta anecdota glossatorum* [BIMAe, I], Bononiae 1914, 65 e 129).

Piacentino fisserà anche terminologicamente nella distinzione tra *pacta de substantia, de natura* e *accidentalia*[66].

Ora, sia l'operazione di Irnerio, sia le discussioni tra Iacopo e Martino, sia infine l'introduzione della terminologia ormai canonica da parte di Piacentino, sono un chiaro indice degli strumenti dogmatici utilizzati dai glossatori.

In Irnerio — il quale, come ricorda Odofredo, era *magister in artibus*[67] — si coglie già una notevole influenza della logica aristotelica[68], che attraverso le opere di Boezio e l'*Isagoge* di Porfirio aveva già informato di sé le *artes liberales*[69]. Nella posizione di Martino — sviluppando una suggestiva ipotesi del Grossi — potrebbe avvertirsi l'eco, filtrata da Boezio e da Gilbert de la Porrée, delle discussioni teologiche circa la differenza tra le nozioni di *substantia* e *natura* — che in Aristotele erano coincidenti, ma che la dottrina cattolica differenziò in risposta all'eresia nestoriana[70]. Infine, in Piacentino, l'abbandono

---

[66] Cfr. PLACENTINI *Summa Codicis*, ad C. 2. 3; 4. 54, in ed cit., 41 e 182, che sostituisce ai *pacta extra naturam* gli *accidentalia*. Dopo Piacentino, Azzone parlerà senz'altro di *substantialia, naturalia* e *accidentalia*: cfr. AZONIS *Summa*, ad C. 4. 54 n. 2, ed. cit., 434. A questa tripartizione, che non subirà per secoli trasformazioni, si sottrae invece Accursio, che rifacendosi — nella sostanza — alle posizioni di Iacopo, fa coincidere *naturalia* e *accidentalia*, identificando entrambi con gli *adminicula* e opponendoli ai *substantialia*: cfr. gl. *adminicula* ad D. 18. 1. 72 pr.: «id est, accidentalia sive naturalia contractus, non autem substantialia»; ACCURSIUS, gl. *an idem* ad D. 18. 1. 72 pr.: «supra, dixit de naturalibus vel accidentalibus pactis: nunc de substantialibus». Naturalmente, Accursio si rende conto del fatto che nel *Corpus iuris* il '*substantia*' di Papiniano era reso in D. 2. 14. 7. 5 con '*natura*', e spiega *natura(m)* con «id est, substantiam». Ma poi, continuando nella propria peculiare lettura, avverte che «alii dicunt id naturale, quod nos substantiale» (gl. *extra naturam* ad D. 2. 14. 7. 5). Cfr. anche gl. *nova emptio* ad D. 18. 1. 72 pr.: «ut plane habeas, dic pactorum quaedam sunt de substantia contractus: ut de augendo vel diminuendo pretio. quaedam accidentalia, sive extranea: ut de dando Codicem exemplaris loco, vel quid simile, non attingens emptioni. Quae de substantia contractus dicimus esse, eadem quidem vocant de natura: ut supra *de pact.* l. *iurisgentium.* §. *idem responsum scio* (D. 2. 14. 7. 5). Sed nos pactum de natura dicimus esse, quod fit super id, quod est naturale: ut de evictione praestanda. Quod autem in accidentalibus dixero, idem in iis quae fiunt, super naturalibus contractibus intelligas». Accursio è seguito da VIVIANI *casus* ad D. 2. 14. 7: «lex ista facit differentiam inter pacta quae sunt de substantia contractus, et ea quae sunt de natura contractus».

[67] ODOFREDI *Lectura super Digesto Veteri*, ad D. 1. 1. 6, ed. Lugduni 1550, 7*r*.

[68] Cfr. per tutti G. OTTE, *Dialektik und Jurisprudenz. Untersuchungen zur Methode der Glossatoren*, Frankfurt am Main 1971, 22 s.

[69] Mi limito a rinviare — ma sono cose note — a un'opera classica: C. PRANTL, *Geschichte der Logik im Abendlande*, II², Leipzig 1885 = *Storia della logica in Occidente*, II, Firenze 1937, 3 ss.

[70] GROSSI, *Sulla 'natura' del contratto*, cit., 593 ss., spec. 613 ss. (seguito dal BIROCCHI, *Causa e categoria generale del contratto*, cit., I, 59 nt. 87): in risposta a Nestorio

pressoché totale della terminologia delle fonti romane (*substantia, adminicula, extra naturam*) a vantaggio di espressioni maggiormente legate alla tradizione dell'aristotelismo medievale (*substantia, natura, accidentalia*), costituisce una conferma dell'altrimenti nota propensione del giurista per le concettualizzazioni filosofiche[71].

Insomma, l'ampio uso dello strumentario offerto dalla filosofia aristotelica comporta una reinterpretazione dei concetti romani alla luce di una maggiore attenzione ai problemi di 'essenza'[72]. E tutto ciò non può non avere conseguenze anche nella concreta costruzione degli istituti.

Peraltro, la tensione verso l'individuazione della *substantia* dei fenomeni giuridici — che ha significativamente indotto ad una rilettura, in chiave di *definitio substantialis*, del probabile uso 'perimetrale' di *definire* in Iav. 11 *epist.* D. 50. 17. 202[73] — ha anche l'effetto di distaccare progressivamente i *substantialia* dalla materia dei *pacta*, per entrare nella più intima concettualizzazione del contratto[74]. In Accur-

---

ed Eutiche — che sulla base dell'identificazione aristotelica tra natura (φύσις) ed essenza / sostanza (οὐσία) (ma coinvolgendo anche persona, πρόσωπον, e ipostasi, ὑπόστασις) erano giunti ad ipotizzare due persone in Cristo — l'ortodossia cattolica avrebbe distinto e quasi contrapposto le nozioni di *substantia* e *natura*, che ancora Agostino aveva identificato. La novità teologica, tradotta nel linguaggio metafisico da Boezio nel *contra Eutychen et Nestorium*, sarebbe poi stata ripresa nel XII secolo da Gilbert de la Porrée, nel suo commento a Boezio. Il GROSSI, *op. ult. cit.*, 617 s., ravvisa il punto di rottura tra la bipartizione papinianea e la tripartizione medievale in Rogerio, ma la tripartizione, come si è visto, è già in Irnerio, e da questo si trasmette a Martino. Quest'ultimo, distinguendo *substantia* e *natura*, si pone il problema di rileggere in chiave metafisica il dato terminologico romano, che implicazioni metafisiche non aveva, e al quale invece appare ancora legato Iacopo.

[71] Mi limito a rinviare a CORTESE, *Il diritto nella storia medievale*, cit., II, 141 s.

[72] Sull'emergere di una logica 'sostanzialistica' nell'interpretazione medievale, cfr. ORESTANO, *Introduzione*[2], cit., 146 ss. (che la riferisce ai commentatori in considerazione dell'influenza da essi subita del metodo scolastico; ma le premesse sono già nell'opera dei glossatori).

[73] Gl. *omnis definitio* ad D. 50. 17. 202: «est oratio substantiam cuiusque rei significans secundum Boetium ...» (cfr. [Boeth.] *defin.* 895 C [MIGNE]). Sul probabile uso 'perimetrale' di *definire* nel testo di Giavoleno, cfr. *supra*, cap. IV nt. 19.

[74] Se leggiamo le trattazioni della compravendita offerte dai glossatori preaccursiani, in esse non troviamo mai indicati i *substantialia* del contratto. Fino a Piacentino, il tema dei *substantialia-naturalia-accidentalia* è trattato nell'ambito del commento a D. 2. 14. 7. 5, D. 18. 1. 72 pr., C. 2. 3 (*de pactis*) e C. 4. 54 (*de pactis inter emptorem et venditorem compositis*), ossia in generale rispetto ai *pacta* e in particolare rispetto ai *pacta* inerenti alla compravendita (cfr. PLACENTINI *Summa Codicis*, ad C. 2. 3; 4. 54, ed. cit., 41 e 182); con Azzone l'attenzione dei giuristi comincia a concentrarsi sulla compravendita, e il problema viene discusso esclusivamente rispetto ai *pacta* inerenti alla compravendita

sio, per la prima volta, la categoria cessa di essere un generico insieme di tutto ciò che i *pacta* non possono mutare, e viene riempita con quelli che d'ora innanzi saranno indicati come gli 'elementi essenziali' della compravendita — *consensus*, *pretium* e *res*[75].

Questa teorizzazione, che apparentemente non modifica nulla, in realtà è un fatto di fondamentale importanza. Fino ad Accursio il contratto di compravendita si ha quando due parti si accordano circa la trasmissione di una *res* dietro il pagamento di un *pretium*; e non si può avere compravendita senza che ricorra un consenso, un prezzo e una cosa. Da Accursio in poi la compravendita è quel contratto costituito da tre elementi essenziali: *consensus*, *pretium* e *res*.

Nell'apparente rispetto delle forme, da un punto di vista dogmatico questa è un completo capovolgimento di prospettive, che non sarà senza effetti nel futuro[76].

(AZONIS *Summa Codicis*, ad C. 4. 54 n. 2, ed. cit., 434); ma il processo giunge a compimento — almeno per quel che mi è dato vedere — con Accursio: cfr. *infra*. Anche prima di quest'ultimo, troviamo invece, ma non in tutti gli autori, un riferimento alla *natura contractus*, intesa come l'assetto contrattuale derivante dall'esplicita previsione delle parti. Si distingue, infatti, tra ciò che può chiedersi in giudizio *ex natura contractus*, ossia «id ... quod convenit», «quod nominatim inter contrahentes convenerunt» (ROGERII *Summa codicis*, 4. 24; 4. 39; 4. 40; 4. 41; 4. 49 e 4.62, ed. cit., 112, 120 ss.; 127; 133; ma cfr. anche *Summa Trecensis* 4. 23; 4. 45. 7; 4. 57. 4, ed. cit., 95, 119 e 130), e cioè, innanzitutto, la prestazione del *pretium* e la *traditio* della *res*, nella compravendita; la prestazione della *merces* e l'attribuzione dell'*uti frui* al conduttore nella locazione; ma anche gli eventuali *pacta* aggiuntivi); ciò che può chiedersi *ex natura actionis*, ossia «que neque sunt dicta neque cogitata» (per esempio, le spese sopportate dal venditore, o l'evizione; il dolo, la colpa, la custodia); e ciò che si ottiene *officio iudicis* (per esempio, gli interessi moratorii). Ma non si arriva mai ad indicare gli elementi costitutivi del contratto: anzi, il fatto stesso che in questa prospettiva il *pretium* sia ricondotto alla *natura contractus* anche da giuristi come Rogerio, che conoscono i *substantialia* come distinti dai *naturalia*, mostra chiaramente che la tripartizione degli elementi del contratto è cosa diversa da questa accezione di *natura contractus*.

[75] Cfr. ACCURSIUS, gl. *ex pretio* ad D. 18. 1. 72 pr.: «quia sine pretio esse venditio non potest: ut *supra* eodem l. ii § i (D. 18. 1. 2. 1). Idem si fiat super re vendita augenda vel minuenda: ut *supra de pact.* l. *iurisgentium* § *adeo* (D. 2. 14. 7. 6). cum res similiter sit de substantia emptionis, nec sine ea esse possit: ut *supra* eodem l. *nec emptio* (D. 18. 1. 8). Item consensus est de substantia: ut *supra*, eodem l. ii et iii (D. 18. 1. 2-3). Alia vero quae ibi dicuntur et fiunt, non sunt substantialia, cum sine eis possit contractus consistere».

[76] Su questo punto, cfr. *infra*, § 8.

3. GLI UMANISTI: DONEAU E L'APPLICAZIONE DEI 'SUBSTANTIALIA' ALLA LOCAZIONE.

3.1. *Le nuove istanze sistematiche.*

La *magna glossa* aveva trasportato la trattazione dei *substantialia contractus* dalla sfera dei *pacta* all'ambito della compravendita, ma i giuristi successivi — postaccursiani e commentatori — tendono a non uscire dall'ormai tralatizia applicazione dei *substantialia* a questo contratto[77].

Per quanto riguarda la *locatio conductio*, viene richiamata continuamente la *familiaritas* con l'*emptio venditio*, ma non troviamo ancora una chiara applicazione ad essa dei *substantialia*, se non nei termini di una certa analogia tra i singoli elementi dei due contratti[78].

Le ragioni di una simile difficoltà di andare oltre l'*emptio venditio* sono probabilmente da ricercare nel fatto che le interpretazioni dei commentatori — nonostante le novità metodologiche rispetto

---

[77] Cfr. ODOFREDI *Lectura super Digesto Veteri*, ad D. 18. 1. 72 pr., ed. cit., 99*v*; IACOBI DE RAVANIS *Lectura super Codice* = PETRI DE BELLA PERTHICA *Lectura super Codice*, ad C. 4. 38. 13, ed. Parisiis 1519, 199*v* (l'opera è stata erroneamente attribuita a Pierre de Belleperche: cfr. E. M. MEIJERS, *L'Université d'Orléans au XIII siècle*, in *Études d'histoire du droit*, III, Leyde 1959, 72 ss.; CORTESE, *Il diritto nella storia medievale*, II, 398 nt. 21); PETRI A BELLA PERTICA *In aliquot Digesti veteris leges*, ad D. 2. 14. 7. 5, in *In Digestum Novum... item: Explicationes singulares, sive ... Repetitiones ... in aliquot Digesti Veteris et Codicis Iustiniani ...*, ed. Francofurti ad Moenum 1571, 48 n. 4; CYNI PISTORIENSIS *Lectura in Codicem*, ad C. 4. 38. 13, ed. cit., 258*v*; IACOBI BUTRIGARII *In primam et secundam Veteris Digesti partem*, ad D. 18. 1. 72 pr., ed. cit., II, 227 ss., dove il discorso sui *substantialia* non è più limitato alla spiegazione di D. 18. 1. 72 pr., ma viene esteso a tutto il contratto e utilizzato a commento anche di altri passi, come ad esempio D. 18. 1. 59, o D. 18. 1. 79; ID., *Lectura super Codice*, ad C. 4. 38. 3, ed. Parisiis 1516, 137*v*; ALBERICI DE ROSATE *In secundam Digesti Veteris partem*, ad D. 18. 1. 72 pr., ed. cit., 135*v* ss.; BARTOLI A SAXOFERRATO *In primam Digesti Veteris partem*, ad D. 2. 14. 7. 5, ed. Venetiis 1615, 82*r*; ID., *In secundam Digesti Veteris partem*, ad D. 18. 1. 72 pr., ed. cit., 113*r*; ID., *In primam Codicis partem*, ad C. 2. 3. 13, ed. cit., 44*v*; BARTHOLOMEI A SALYCETO *In iii. et iiii. Codicis libros*, ad C. 4. 38. 13, *in vendentis*, n. 2, ed. Venetiis 1586, 201*r*; PAULI CASTRENSIS *In primam Digesti Veteris partem*, ad D. 2. 14. 7. 5, n. 4, ed. cit., 55*r*; ID., *In primam Codicis partem*, ad C. 4. 38. 13 nn. 2-3, ed. Venetiis 1575, 225*v*; IASONIS MAYNI *In primam Digesti Veteris partem*, ad D. 2. 14. 7. 5, ed. Venetiis 1622, 149*r*.

[78] Ad esempio, in Baldo leggiamo che «sicut emptio et venditio consensu contrahit, ita locatio et conductio non procedit sine mercede. (...) quod in contractu locationis requiritur precium .i. merces, quae praestatur pro usu rei, sed in emptione requiritur precium, quod praestatur pro ipsa re» (BALDI DE UBALDIS *In secundam partem super Digesto Veteri*, ad D. 19. 2. 1, ed. cit., 145*r*).

all'epoca dei glossatori[79] — si esprimono ancora in maniera molto dipendente dai testi. Le cose cambiano quando la materia del *Corpus iuris* comincia ad essere riproposta secondo sistematiche diverse da quelle giustinianee, il che avviene a partire dal XVI sec., soprattutto nell'opera del Doneau.

Nei *Commentarii iuris civilis* del giurista francese, infatti, si porta a compimento quel processo di distacco dall'ordine legale giustinianeo che era iniziato nei lavori del Duaren, suo maestro, e del Connan, e che aveva trovato le proprie motivazioni in nuovi ideali di razionalità e di fiducia nelle capacità dell'uomo, oltre che in una certa opposizione, anche di matrice religiosa, al *mos italicus*[80]. Un esempio di questo diverso atteggiamento mi sembra possa trovarsi nella costruzione dogmatica della locazione.

A differenza dei suoi predecessori, e distinguendosi anche da umanisti suoi contemporanei[81], Doneau non si limita ad enumerare gli

---

[79] Che, naturalmente, sono legate all'influenza scolastica: cfr. per tutti CORTESE, *Il diritto nella storia medievale*, cit., II, 408 ss. Oltre a quanto già rilevato circa l'attenzione di Baldo alle implicazioni filosofiche dell'interpretazione medievale di D. 18. 1. 72 pr. (*supra*, nt. 49), possiamo aggiungere che egli per primo sostituisce alla tradizionale espressione '*substantialia*' l'alternativa '*essentialia*', completamente staccata dalla terminologia di D. 18. 1. 72 pr., e ormai pienamente 'filosofica': cfr. BALDI DE UBALDIS *In primam partem super Digesto Veteri*, ad D. 2. 14. 7. 7, ed. Lugduni 1558, 129*v*: «essentialia sive substantialia»; cfr. ID., *In secundam partem super Digesto Veteri*, ad D. 18. 1. 9, ed. cit., 128*v*: «essentialia»; ad D. 18. 1. 72 pr., ed. cit., 132*r*: «essentialia sive substantialia».

[80] Sull'indirizzo sistematico del Doneau nell'ambito della polemica degli umanisti contro la sistematica giustinianea, cfr. per tutti V. PIANO MORTARI, *Gli inizi del diritto moderno in Europa*, Napoli 1980, 355 ss.; ID., *Cinquecento giuridico francese*, Napoli 1990, 368 ss.; ID., *L'ordo iuris nel pensiero dei giuristi francesi del secolo XVI*, in AA.VV., *La sistematica giuridica*, Firenze 1991, 277 ss.; ORESTANO, *Introduzione*², cit., 151 ss. e spec. 168 s. In particolare sul Connan, cfr. V. PIANO MORTARI, *La sistematica come ideale umanistico nell'opera di Francesco Connano*, in AA.VV., *La storia del diritto nel quadro delle scienze storiche*, Firenze 1966 = *Diritto logica metodo nel secolo XVI*, Napoli 1978, 301 ss.; BIROCCHI, *Causa e categoria generale del contratto*, cit., I, 97 ss.

[81] Cfr. A. ALCIATI *In Digesta*, ad D. 50. 16. 13, n. 6, in *Opera*, I, Basileae 1571, 143; ID., *In Codicem*, ad C. 2. 3. *in bonae fidei contractibus ita demum*, in *Opera*, III, Basileae 1591, 357; ID., *Paradoxorum libri*, 5. 16, in *Opera*, cit., III, 149 ss.; F. CONNAN, *Commentarii Juris civilis*, V. 2. 6, ed. Neapoli 1724, I, 328; F. HOTMAN, *In LXX titulos Digestorum et Codicis*, ad D. 2. 14. 7. 5, in *Opera*, II. 2, s.l. 1600, 16 ss. François Duaren e Jacques Cujas, da un lato, sono assillati da preoccupazioni filologiche che li inducono a sostenere un ritorno alla lettera di Papiniano abolendo la distinzione tra *substantialia* e *naturalia*, e chiamando *adminicula* gli *accidentalia*: cfr. DUARENI *Commentaria, in tit. De pactis*, ad D. 2. 14. 7. 5, ed. cit., 58, per il quale il *natura* di Ulpiano va letto come *substantia* in Papiniano, e che nota come «adminicula emptionis, barbari interpretes accidentalia et naturalia appellarunt»; CUIACII *In libros quaestionum Papiniani*, ad lib. X, ad D. 18. 1. 72 pr., in *Opera*, cit., IV, 247 ss., contro il quale si scontrano giuristi più tradizionalisti, come

elementi costitutivi del contratto di compravendita[82] e a ripetere che, essendo la locazione *proxima* all'*emptio*, essa è retta dalle medesime *regulae iuris*[83]. Egli giunge ad applicare la concettualizzazione dei *substantialia* alla *locatio conductio*: anche questa, come la compravendita, è costituita da *merces*, *res* e *conventio*[84].

3.2. *L'applicazione dei* substantialia *alla locazione: i primi passi verso la frantumazione del contratto.*

La struttura interna della locazione, per la prima volta[85], viene disegnata compiutamente nei suoi elementi essenziali. Ma la trasposizione dei *substantialia* — la cui genesi storica e configurazione dogmatica è strettamente legata alla compravendita — in un contratto di-

---

D'AVEZAN *Contractuum liber prior*, ed. cit., 12 ss. Dall'altro, non esitano a riconoscere nella *substantia* di Papiniano un richiamo dei *substantialia* romanistici: cfr. DUARENI *Commentaria*, *in tit. De contrahenda emptione*, cap. I, ed. cit., 1017: «...ad substantiam huius contractus (*sc.* emptionis) tria necessaria esse. In primis necessaria est res quae veneat, deinde definiri certum pretium debet. Tertio consensus contrahentium intervenire debet»; CUIACII *In libros quaestionum Papiniani*, ad lib. X, ad D. 18. 1. 72 pr., in *Opera*, cit., IV, 251. C: la *substantia emptionis* «consistit ex re, pretio et consensu. Extra haec tria, quae accedunt, adminicula sunt contractus»; cfr. anche ID., *Ad titulum de pactis*, ad D. 2. 14. 7. 5, in *Opera*, cit., I, 927. D; ID., *Recitationes solemnes in tit. I de reb. cred. lib. XII Digestorum*, ad D. 12. 1. 19, in *Opera*, cit., VII, 676. B; ID., *Recitationes solemnes in tit. VII de obl. et act. lib. XLIV Digestorum*, ad D. 44. 7. 3, in *Opera*, cit., VIII, 326. D. Una posizione simile sarà assunta anche da G. NOODT, *Ad edictum praetoris de pactis et transactionibus*, in *Opera omnia*, cit., I^2, 509 ss., spec. 511, e ID., *Commentarius ad Digesta*, ad D. 18. 1, in *Opera omnia*, cit., II^2, 386.

[82] DONELLI *De iure civili*, XII. 1. 5 ss., in *Opera*, cit., III, 763 ss.

[83] DONELLI *De iure civili*, XIII. 6. 1, in *Opera*, cit., III, 814.

[84] Cfr. DONELLI *De iure civili*, XIII. 6. 6, in *Opera*, cit., III, 820 s.: «ut emptio sine re; ita sine re locatio et conductio nulla est»; «ut in emptione pro re pretium; sic in locatione pro usu rei vel operae intervenire oportet mercedem»; infine, anche nella locazione è richiesta una «conventio».

[85] Per la verità, non saprei se riconoscere, nell'opera di Doneau, un contributo assolutamente nuovo, oppure semplicemente la sede in cui — riterrei, come detto, per ragioni di struttura dell'opera — può meglio esplicitarsi una dottrina già affermata nella tradizione anteriore che egli, più di altri, sviluppa. Anche in opere più o meno contemporanee, come il commento al Digesto di Denis Godefroy, seguito da Antonio Favre, troviamo infatti l'applicazione dei *substantialia* alla locazione (GOTHOFREDI *Corpus iuris civilis*, ad D. 19. 2. 2 pr., ed. cit., 281: «tria sunt substantialia huius contractus: consensus [...], merces seu pensio, res quae locatur»; FABRI *Ratiionalia*, ad D. 19. 2. 2. 1, ed. cit., V, 541: «sunt igitur tria substantialia huius contractus quae hic Gothofredus notat, consensus, merces, quam ille pensionem vocat, et id quod sive res sit aliqua corporalis, ut fundus, sive factum»). Tuttavia, il problema di una paternità, ai nostri fini, riveste un'importanza relativa; possiamo, almeno, prendere Doneau a modello di un atteggiamento mentale nuovo anche rispetto a giuristi della sua stessa epoca.

verso dall'*emptio*, introduce già nelle pagine del Doneau il germe di un'aporia.

Nella compravendita, scrive il giurista francese, il *pretium* si dà per la *res*. Ma non avviene lo stesso nella locazione: in questa, la *merces* viene data *pro usu rei aut operae*[86]. Esistono dunque due *res locatae*? E, conseguentemente — continua a chiedersi Doneau —, esistono due[87] locazioni?

Il problema dell'unitarietà della locazione, come si vede, è colto con grande lucidità sin dal suo primo porsi. Doneau intuisce che il costruire la struttura necessaria della locazione su *consensus*, *merces* e *res*, porta alla scissione della *locatio conductio*. Se infatti la *res* è un elemento essenziale del contratto, senza il quale esso muta forma, una duplicità di *res* dovrebbe, a rigore, comportare una duplicazione del contratto.

Ma il giurista francese non giunge a tanto.

Egli non intende stravolgere la struttura della locazione, ma semplicemente sviluppare, in tutte le sue implicazioni logiche, il portato della tradizione. E, allora, da un lato mantiene unito il contratto; dall'altro, porta alle estreme conseguenze la *veterum regula* della corrispondenza tra locazione e compravendita, applicando i *substantialia* anche alla prima; infine, per superare la rilevata aporia, 'smaterializza' l'elemento essenziale *res*, affermando che *res locata* è non semplicemente la 'cosa' (come nella compravendita), ma l'*usus* della *res corporalis* e la *praestatio* dell'*opera*[88] — *praestatio* che, essendo l'*opera* intesa come *res*[89], essa stessa «quasi usus est operae»[90].

---

[86] DONELLI *De iure civili*, XIII. 6. 2, in *Opera*, cit., III, 814.

[87] O addirittura tre: nella *locatio factorum* l'*opera* può essere valutata in due modi: può aversi una locazione di un'*opus faciendum* «nostro sumptu», per cui il lavoratore «solam operam nobis praestat» e per il committente si parla di *conducere operas*; e «suo sumptu», per cui il lavoratore è tenuto a garantire il risultato della sua *opera*, e per il committente si parla di *locare opus* (DONELLI *De iure civili*, XIII. 6. 5, in *Opera*, cit., III, 818 s.). Ma non è ancora una tripartizione della locazione: cfr. *supra*, § 1.

[88] Naturalmente, già nelle fonti romane l'espressione *res locata* aveva talvolta un significato 'immateriale', potendo indicare l'intero negozio di locazione (cfr., ad es., i rilievi di PERNICE, *Labeo*, cit., II. 2. 1^2, 98 nt. 2; PFLÜGER, *Haftung des Schuldners*, cit., 197 ss.; BETTI, *Istituzioni*, II. 1, 220 e 222, ricordati *supra*, cap. II nt. 6). Ma, innanzitutto, con essa si indicava — appunto — l'intero rapporto, e non soltanto un suo elemento; in secondo luogo, è chiaro che nella ricostruzione del Doneau c'è un salto logico nel raffronto tra la *res* della compravendita — che è solo 'cosa' — e la *res* della locazione — che può indicare tanto la 'cosa', quanto il suo uso.

[89] DONELLI *De iure civili*, XIII. 6. 5, in *Opera*, cit., III, 819: «est enim opera res».

[90] DONELLI *De iure civili*, XIII. 6. 6, in *Opera*, cit., III, 820.

L'*uti frui* dei giuristi romani viene dunque versato nella *res* dei *substantialia* romanistici. E tuttavia l'operazione non è indolore. L'elemento essenziale '*res*', per accogliere le figure dell'*usus rei* e della *praestatio operae*, dovrebbe perdere completamente le proprie caratteristiche originarie di 'cosa' della compravendita. Ma un simile processo non giungerà mai a compimento. E, anzi, costituirà la premessa per la scissione delle varie figure di locazione.

4. IL GIUSNATURALISMO: DALL'ELEMENTO ESSENZIALE «RES» ALL'ELEMENTO ESSENZIALE «OGGETTO».

Dal XVI secolo in poi, l'applicazione dei *substantialia* alla locazione può dirsi acquisita. Oltre che in Francia[91], la ritroviamo nelle opere dei trattatisti italiani[92], nella cd. giurisprudenza elegante olandese[93], nei giuristi tedeschi dell'*usus modernus Pandectarum*[94].

---

[91] Oltre agli autori già ricordati, mi limito a richiamare D'AVEZAN *Contractuum liber alter*, ed. cit., 97: «estque istud negotium emptioni venditioni proximum, et vicinum, iisdemque juris regulis consistit, id est, substantiam capit (...). Nam, ut emptio et venditio contrahitur solo consensu, statim atque de certa re, certoque pretio convenerit, nulla conditione injecta (...) sic locatio et conductio intelligitur sola convenientia, simul atque de re certa locanda convenerit, et certa constituta fuerit merces, nulla inserta conditione» (cfr. 78 sulla *substantia emptionis*).

[92] Cfr., ad esempio, MANTICAE *Vaticanae lucubrationes*, V. 1. 4, ed. cit., I, 317; cfr. I. 12. 18, ed. cit., I, 27 (sull'opera del Mantica in relazione ai *substantialia*, cfr. SANTARELLI, *La categoria dei contratti irregolari*, cit., 172 ss.); CAROCCI *Tractatus locati et conducti*[4], I. 1. 7, ed. cit., 1, per il quale «locatio est contractus bonae fidei, ultro citroque obligatorius, qui consensu, re et mercede certa perficitur»; *ibid.*, I. 4. 1, ed. cit., I, 9: la *substantia locationis* è costituita da «res, merces et consensus» (al riguardo, il Carocci cita Ioh. CEPHALI *Consilia*, cons. 626 n. 58, ed. Venetiis 1582, V, 73, che però non parla dei *substantialia locationis*, ma solo del fatto che non può esservi *locatio* senza *pecunia*); PACIONI *De locatione et conductione*, I. 1. 2, ed. cit., 2, il quale definisce la locazione come «personae, reive ad usum facta concessio mercede in pecunia numeranda conventa», seguendo Azzone, ma aggiunge (n. 10) che l'attribuzione del mero *usus rei* «est de substantia hujus contractus» e (n. 11) che «merces est de substantia locationis».

[93] Mi limito solo ad alcuni richiami: VINNII *In quattuor libros Institutionum imp. Commentarius*, III. 25, ed. cit., 179: «ut emptio solo communi consensu de re pretio interveniente perficitur, ita locatio perfecta habetur, si de usu rei et mercede convenerit»; HUBERI *Praelectiones iuris civilis*, III. 25. 2, ed. cit., I, 325: le *regulae* della locazione sono le stesse della compravendita, e «vel circa conventionem versantur, vel circa rem, vel circa pretium» (cfr. III. 24. 2, ed. cit., I, 319: «substantialia hujus contractus [*sc.* emptionis] vulgo tria esse dicuntur, consensus, merx et pretium»); NOODT, *Commentarius ad Digesta*, ad D. 19. 2, in *Opera*, cit., II[2], 421: «... locationem et conductionem consistere ex tribus: nempe ex consensu, mercede, item usu rei aut opera»; cfr. anche ad D. 18. 1, ed. cit., 386, rispetto alla compravendita: «... ejus (*sc.* contractus emptionis venditionis) substantia con-

Fra questi ultimi, mi sembra utile soffermarsi su un giurista minore, Andreas Wege, e sul suo trattato *De locatione et conductione* (1696). Non tanto per il valore dell'opera in sé, quanto per la sua struttura espositiva e per le implicazioni di carattere filosofico che quest'ultima necessariamente comporta.

I primi due capitoli dell'opera trattano della definizione[95] e delle partizioni[96] della locazione, senza distaccarsi, né nella sostanza, né nella forma, dalle trattazioni tradizionali. Tuttavia, descrivendo i 'tipi'

---

sistere ex his tribus: consensu, pretio, et merce»; VOETII *Commentarius ad Pandectas*, ad D. 19. 2, n. 1, ed. cit., I, 667: la locazione, *proxima* all'*emptio venditio*, è «contractus bonae fidei, consensu constans, de usu vel opera cum mercede commutanda». Per ulteriori indicazioni sulla locazione nel 'diritto romano-olandese', cfr. E. SCHRAGE, *Locatio conductio*, in R. FEENSTRA - R. ZIMMERMANN (hrsg.), *Das römisch-holländische Recht*, Berlin 1992, 245 ss., dove peraltro si commenta ampiamente la definizione di locazione fornita da U. HUBER, *Heedendaegse Rechtsgeleertheyt, Soo elders als in Frieslandt gebruikelyk*, III. 8, ed. Amsterdam 1768.

[94] Anche qui, mi limito a citare alcuni giuristi, ben sapendo di compiere una scelta assai drastica: BOEHMERI *Introductio in ius digestorum*, cit., I, 450 s. (§§ 4, 6 e 9): nella locazione «requiritur, ut in emtione (...): (I) consensus ab utraque parte; (...) (II) usus rei vel facta locari solita; (...) (III) merces»; STRUVII *Syntagma iuris civilis (cum additionibus Petri Mülleri)*, exerc. XXIV ad D. 19. 2 *locati conducti*, § 7, ed. cit., I, 1675: «forma itaque locationis conductionis consistit in consensu de rei usu concedendo: aut opera personae praestanda opereve faciendo pro certa mercede». Nella nota (α) di P. MÜLLER si legge (ed. cit., I, 1676): «quemadmodum emtio et venditio tribus substantialibus consensu, re et pretio (...) ita locatio et conductio consensu, rei usu et mercede absolvitur». Cfr. *ibid.*, exerc. VI ad D. 2. 14 *de pactis*, § 24, ed. cit., I, 288: «sunt itaque substantialia contractus, quae ad ipsius essentiam spectant, ac sine quibus is subsistere non nequit» (segue l'esempio dell'*emptio venditio*); e la nota (ζ) del MÜLLER: «caeteri quoque contractus habent sua substantialia: sic contractus consensualis *locationis conductionis* substantialia requisita praeter consensum (...), consistunt in re (...) vel opera (...) et merces in pecunia numerata» (seguono altri contratti); S. STRYKII *Tractatus de cautelis contractuum necessariis*, sect. II caput IX *de locatione et emphyteusi*, in *Supplementum dissertationum et operum*, XIII, ed. Francofurti et Lipsiae 1752, 107 ss., il quale inizia col ricordare la *proximitas* tra locazione e compravendita (107, § 1), e avverte che «circa consensum, rem et mercedem nihil est, quod moneamus; coincidunt enim illa cum materia emptionis» (108, § 4); HEINECCII *Elementa iuris civilis*, in *Opera*, cit., V, 329 (§ 318): «tria itaque et huius contractus (*sc.* locationis) substantiam ingrediuntur, consensus, res et operae, et merces» (cfr. *ibid.*, 310 [§ 253], sulla compravendita); GLÜCK, *Pandecten*, cit., XVII, 265 ss. e 269 = *Pandette*, cit., XIX, 35 s. e 41 (§ 1044): esistono «drey wesentliche Stücke: 1) Einwillung der Contrahenten. 2) Ein bestimmtes Object. ... 3) *merces*».

[95] WEGENS *De locatione et conductione*, cit.: cap. I *De definitione nominali et reali*, § 28, ed. cit., 1 ss. spec. 8: la locazione è un «contractus juris gentium, nominatus, bonae fidei, solo constans consensu, de rei cujusdam usu fructuve aut hominis opera pro mercede certa illico constituta».

[96] WEGENS *De locatione et conductione*, cit., cap. II, ed. cit., 9 ss.: *De locationis conductionis divisionibus et distinctionibus*, nel quale si distingue tra *locatio rei* e *locatio facti sive operae*.

di locazione, il Wege aggiunge che una tale distinzione è desunta «ab objecto»[97]; e poi — nel cap. IV, *De objecto, seu rebus, quae locari et conduceri possunt*, che segue ad un capitolo *De subjecto*[98] —, scrive esplicitamente che «objectum locationis conductionis» sono *res* e *operae*[99].

Ancora una volta, un mutamento apparentemente poco significativo è indice di una diversa concezione del contratto. Doneau, legato alla terminologia della compravendita, parla di *res locata* anche per le *operae*, ed è costretto a smaterializzare il concetto di *res* per porre sullo stesso piano *usus rei* e *praestatio (quasi usus) operae*. Wege va ancora più avanti sulla strada dell'astrazione: non parla più di *res*, ma di *obiectum locationis*[100].

Ora, io credo che questo diverso atteggiamento mentale non sia casuale, e che — anche se in molti giuristi successivi continuerà a parlarsi di *res* per indicare l'*obiectum locationis* — esso sia almeno in parte il risultato di quella generale reimpostazione del pensiero giuridico operata in quegli anni dal giusnaturalismo, le cui posizioni erano con sicurezza note al nostro autore[101].

È stato rilevato[102] che la categoria di *obiectum* è stata introdotta nella terminologia dei giuristi dalla *Nova methodus* di Leibniz (1667),

---

[97] WEGENS *De locatione et conductione*, cit., II. 2, ed. cit., 9 ss., spec. 13: «locatio conductio autem est vel rei vel facti sive operae. Illa est, qua usus rei (non res ipsa aut dominium [...]) pro mercede conceditur (...). Haec distinctio, cum ab objecto sit desumta, infra cap. 3. [ma 4.] plenius explicabitur».

[98] WEGENS *De locatione et conductione*, cap. III, ed. cit., 37 ss.

[99] WEGENS *De locatione et conductione*, cap. IV, ed. cit., 97 ss., spec. IV. 48, ed. cit., 115 s.: «non tantum res, sed etiam operae officiales et artificiales, quae honestae et locari solitae sunt, recte objectum locationis conductionis constituunt».

[100] Per la verità, di *obiectum locationis* parla anche Johannes Voet nei suoi *Commentaria ad Pandectas*, apparsi per la prima volta nel 1680 (cfr. VOETII *Commentarius ad Pandectas*, ad 19. 2, n. 33, ed. cit., I, 679), ma l'uso dell'espressione non è, nella sua opera, fondante come nella sistematica del Wege.

[101] Ciò può essere desunto dal fatto che, ad esempio, Wege cita Grozio rispetto al consenso (WEGENS *De locatione et conductione*, V. 16, ed. cit., 133); oltre che autori spagnoli della Seconda scolastica, come F. Suarez, L. Molina, D. Perez (ad es. II. 23, ed. cit., 49; III. 46 e 49, ed. cit. 58 s.; III. 66-67, ed. cit., 64, ecc.).

[102] Sul punto, cfr. soprattutto G. HARTMANN, *Leibniz als Jurist und Rechtsphilosoph*, in *Festgabe R. von Jhering (Juristenfakultät Tübingen)*, Tübingen 1892, 26 ss. Cfr. anche G. ACETI *Sulla 'Nova methodus discendae docendaeque jurisprudentiae' di Goffredo Guglielmo Leibniz*, in «Jus» 8 (1957) 12 ss., 21 ss.; T. ASCARELLI, *Hobbes e Leibniz e la dogmatica giuridica*, in T. ASCARELLI (a cura di), *Th. Hobbes, A dialogue between a philosopher and a student of the Common Laws of England - G.W. Leibniz, Specimen quaestionum philosophi-*

opera nella quale il filosofo-giurista criticava la sistematica giustinianea di *personae, res, actiones*, e sosteneva, in primo luogo, che la categoria delle *actiones* è superflua, facendo essa riferimento sempre a *personae* o a *res*; e, in secondo luogo, che una simile *methodus* è tratta non «ex juris, sed facti visceribus»: «personae enim et res sunt facti, potestas et obligatio etc. sunt juris termini»[103]. Anziché parlare di *personae* e *res* — terminologia che ancora l'Althausen nel 1617, pur distinguendo tra piano del *factum* e piano dello *ius*, continuava ad usare[104] —, Leibniz proponeva pertanto di discutere di *subiectum* e *obiectum*[105].

Le antichissime nozioni di *(homo-)persona*[106] e *res*, che per i romani, sin dal diritto pontificale, avevano costituito concetti concreti, fisici e giuridici a un tempo[107], e nelle Istituzioni di Gaio e Giustiniano

---

carum ex iure collectarum - De casibus perplexis - Doctrina condictionum - De legum interpretatione, Milano 1960, 41 s.; C. VASOLI, *Enciclopedismo, pansofia e riforma 'metodica' del diritto nella «Nova methodus» di Leibniz*, in «Quaderni Fiorentini» 2 (1973) 68 e 73 ss.; K. LUIG, *Leibniz als Dogmatiker des Privatrechts*, in O. BEHRENDS - M. DIESSELHORST - W.E. VOSS (hrsg.), *Römisches Recht in der europäischen Tradition (Symposion F. Wieacker)*, Ebelsbach am Main 1985, 226 ss.; P. CAPPELLINI, *Negozio giuridico (storia)*, in «Digesto[4]» (sez. civ.), XII, Torino 1995, 95 ss., spec. 107 ss. In generale, sul pensiero giuridico di Leibniz, cfr. la bibliografia citata da VASOLI, *op. cit.*, 37 s. ntt. 1-2, cui *adde*, con particolare riferimento al diritto romano, Fr. STURM, *Das römische Recht in der Sicht von Gottfried Wilhelm Leibniz*, Tübingen 1968 (Recht und Staat, Heft. 348/349).

[103] G. G. LEIBNITZII *Nova methodus discendae docendaeque jurisprudentiae*, II. 10, in *Variorum opuscula*, Pisis 1799, 195.

[104] J. ALTHUSII *Dicaeologicae libri tres totum et universum ius, quo utimur, methodice complectens*, ed. Francofurti 1649, richiamata da LEIBNITZII *Nova methodus*, II. 13, ed. cit., 198; sull'opera dell'Althausen, cfr. O. VON GIERKE, *Johannes Althusius und die Entwicklung der naturrechtlichen Staatstheorie*[3], Breslaw 1913 = *Giovanni Althusius e lo sviluppo storico delle teorie politiche giusnaturalistiche*, Torino 1974, 54 ss.; e, sul rapporto con Leibniz, CAPPELLINI, *Negozio giuridico*, cit., 107.

[105] Nozioni che oltretutto egli non fa corrispondere a quelle di *persona-res*: 'soggetto' e 'oggetto' possono essere, a seconda dei casi, una *persona* o una *res*, essendo concetti meramente logici: cfr. LEIBNITZII *Nova methodus*, II. 16-17, ed. cit., 200 s., e il commento di VASOLI, *«Nova methodus» di Leibniz*, cit., 73 ss.

[106] Sull'emergere della nozione più recente di *persona* rispetto a quella più arcaica di *homo*, basti rinviare, per tutti, a B. ALBANESE, *Persona (storia)*, in «ED» XXXIII, Milano 1983, 169.

[107] Sulla 'concretezza' e 'giuridicità' delle concezioni romane cfr. soprattutto R. ORESTANO, *Il «problema delle persone giuridiche» in diritto romano*, I, Torino 1968, 105 ss., sulla nozione di *res*, e P. CATALANO, *Diritto e persone*, Torino 1990, XII, 167 s., sulla nozione di *persona*.

erano stati il criterio ordinante primario della materia giuridica, vengono così sostituiti dalle nozioni più 'logiche' di soggetto e oggetto[108].

Questa novità — ovviamente non solo terminologica[109] —, insieme ad un ripensamento della nozione sistematica di *actio*[110] e (da parte dell'Althausen) di *negotium*, si legherà agli esiti della riflessione della Seconda Scolastica, del Grozio e del Pufendorf, circa il problema della vincolatività della promessa unilaterale[111]; e consegnerà alla dogmatica successiva lo schema logico primario alla base, in ambito tedesco, della dottrina del negozio giuridico e, in Francia, di una nozione di contratto molto più ampia che in precedenza: (1) un soggetto che opera, mediante la sua (2) *voluntas*[112], su (3) un oggetto che coincide, in ultima analisi, con l'intera realtà circostante.

---

[108] Cfr., in questo senso, pur senza un'analisi storica puntuale del problema, G. GROSSO, *Problemi sistematici nel diritto romano*, Torino 1974, 6 ss.

[109] Ma che non deve far pensare ad un approccio astorico. Sulla sensibilità storica di Leibniz, e sulla avvertita necessità, per il giurista, di conoscere tanto la «historia interna» del diritto, quanto la «historia externa», ossia il contesto storico generale entro cui si colloca il diritto romano, nonché la «historia media», ossia la storia dei tempi moderni, cfr. VASOLI, *«Nova methodus» di Leibniz*, cit., 84 ss.

[110] LEIBNITZII *Nova methodus*, II. 18, ed. cit., 201 s..

[111] Sulla linea Leibniz - Althausen cfr. per tutti CAPPELLINI, *Negozio giuridico*, cit., 107 ss. (cfr. ASCARELLI, *Hobbes e Leibniz*, cit., 41 nt. 109). Sulla linea Seconda Scolastica - Grozio - Pufendorf, basti rinviare a F. CALASSO, *Il negozio giuridico*², Milano 1967, 334 ss.; WIEACKER, *Storia del diritto privato moderno*, cit., I, 445 s.; ID., *'Contractus' und 'obligatio' im Naturrecht zwischen Spätscholastik und Aufklärung*, in AA.VV., *La Seconda Scolastica nella formazione del diritto privato moderno* (Atti Firenze 1972), Milano 1973, 223 ss.; CAPPELLINI, *Negozio giuridico*, cit., 104 ss., nonché, per un maggior approfondimento, a M. DIESSELHORST, *Die Lehre des Grotius vom Versprechen*, Köln-Graz 1959, spec. 4 ss. sui precedenti di Grozio.

[112] La *voluntas* è il centro del rapporto giuridico: essa rappresenta lo strumento attraverso il quale il 'soggetto'-uomo interviene sull''oggetto'-natura, e su questo schema saranno costruite, già in Grozio, ma soprattutto in Pufendorf e nei codici giusnaturalistici, le sistematiche che oppongono il diritto delle persone (comprensivo della famiglia) ai diritti patrimoniali (diritti reali; obbligazioni e successioni come modi di acquisto della proprietà): sulla sistematica di diritto privato di GROTII *De iure belli ac pacis*, cit., di PUFENDORF, *De iure naturae et gentium*, cit., dell'ALR, dell'ABGB e del *Code civil*, cfr. per tutti WIEACKER, *Storia del diritto privato moderno*, cit., I, 441 ss., 472 ss., 507 ss., 515 ss., 523 (com'è noto, il CMBC segue ancora l'impianto sistematico delle Istituzioni giustinianee: cfr. WIEACKER, *op. ult. cit.*, I, 499). Ma la *voluntas* del soggetto non è altro che la frammentazione, in chiave di 'singolarità', del *consensus* contrattuale del diritto comune, che — una volta ammessa l'efficacia vincolante della promessa — non richiede più una pluralità di soggetti: si tratta dell'estrema conseguenza, tale da ricomprendere anche le promesse unilaterali, dell'apertura della dottrina intermedia verso l'azionabilità dei *pacta* — che, a sua volta, originava dalla rilevanza attribuita, al di là delle forme, al *consensus* contrattuale: mi limito a richiamare DIESSELHORST, *Die Lehre des Grotius vom Versprechen*, cit., 4 ss., 34 ss. Peraltro, la dottrina di Grozio e di Pufendorf potrà tornare allo schema contrattuale

Com'è noto, sembra che in Germania la dottrina del negozio giuridico, incentrata sulla 'Willenserklärung', abbia trovato il suo 'creatore' in Daniel Nettelbladt[113], allievo di Christian Wolff, e dunque legato alla filosofia di Leibniz[114]. È comunque interessante rilevare che il Nettelbladt non si limita a tratteggiare la categoria generale dell'*actus iuridicus* (detto anche *negotium iuridicum*)[115], ma trasporta i *substantialia* (così come i *naturalia* e gli *accidentalia*) dal contratto al negozio, scrivendo che «substantialia actuum iuridicorum dicuntur quae falso actu abesse nequeunt»[116]. Il *consensus*, cardine degli *essentialia contractus*, diviene dunque *declaratio voluntatis*, centro degli *essentialia negotii*[117].

In Francia, invece, la dottrina rimane sostanzialmente estranea alla categoria del negozio giuridico[118], assumendo il contratto, e particolarmente il *consensus*, a criterio ordinante l'intera materia delle obbligazioni. Ma il giusnaturalismo svolge comunque i suoi effetti, e anche tra i giuristi francesi gli elementi fisici primi del contratto, la *persona* e la *res*, vengono proiettati nei concetti più 'logici' di soggetto e oggetto. In Francia, insomma, si continua a parlare di *essentialia contractus* come nella tradizione del diritto comune, ma in una direzione molto più sistematizzante di quella realizzata dalla dottrina precedente: la tensione verso concezioni più astratte — che in Germania si avvale dello strumento dogmatico del 'Rechtsgeschäft' — qui si realizza mediante la figura del 'contrat'.

Poiché lo scopo della nostra ricerca è la sorte dei *substantialia* nel loro rapporto con la locazione, d'ora innanzi seguiremo gli svilup-

---

attraverso la rielaborazione di Thomasius e Wolff: cfr. per tutti K.-P. NANZ, *Die Entstehung des allgemeinen Vertragsbegriffs im 16. bis 18. Jahrhundert*, München 1985, 135 ss., spec. 156 ss.

[113] Così A. PASSERIN D'ENTRÈVES, *Il negozio giuridico. Saggio di filosofia del diritto*, Torino 1934, 78 s., e CALASSO, *Il negozio giuridico*², cit., 340 s.; cfr., per una recente, diversamente orientata prospettiva, CAPPELLINI, *Negozio giuridico*, cit., 116.

[114] Sul rapporto tra Leibniz e Wolff rinvio per tutti a P. CAPPELLINI, *Systema iuris. I. Genesi del sistema e nascita della «scienza» delle Pandette*, Milano 1984, 513 ss., con bibliografia.

[115] Cfr. D. NETTELBLADT, *Systema elementare universae iurisprudentiae positivae*², I. 1. 5, § 63 ss., ed. Halae Magdeburgicae 1762, 71 ss., spec. § 64, ed. cit., 72, sull'*actus iuridicus*; l'espressione *negotium iuridicum* ricorre *ibid.*, III. 1 § 1, ed. cit., 761.

[116] NETTELBLADT, *Systema elementare*², I. 1. 5 § 68, ed. cit., 72 s.

[117] Sugli *essentialia negotii* nella dottrina contemporanea, mi limito a richiamare poche opere classiche: V. SCIALOJA, *Negozi giuridici*, Roma 1933 (rist.), 94 s.; E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*², Napoli 1994 (rist. dell'ed. Torino 1960), 182 s. (cfr. anche 102); W. FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts. II. Das Rechtsgeschäft*², Berlin - Heidelberg - New York 1992, 80 s. (cfr. anche 611, 627 s., 635 s.).

[118] Cfr. per tutti R. SACCO, *Negozio giuridico (circolazione del modello)*, in «Digesto⁴» (sez. civ.), XII, Torino 1995, 89 s.

pi dei due principali modelli, francese e tedesco, e di quella che, in Italia, è stata la loro contaminazione.

5. IL MODELLO FRANCESE: L'«OBJET DU CONTRAT».

5.1. *Pothier.*

Esaminate — pur se assai brevemente — le proposizioni del giusnaturalismo, mi sembra possa comprendersi meglio lo sforzo di generalizzazione compiuto dal Pothier.

Nel *Traité des obligations* (1761), il giurista francese coglie l''essence' dell'obbligazione nelle sue fonti, nelle persone tra le quali essa nasce, nelle 'choses' che ne possono costituire l''objet'[119].

Posto questo schema generale, è naturale attendersi che gli elementi strutturali 'soggetto' e 'oggetto' si ritrovino in ogni specie di obbligazione. E, infatti, il modello è ripetuto in quella che per Pothier è l'obbligazione archetipica, il contratto: esso viene costruito come accordo (*consensus*) di 'soggetti' su un certo 'oggetto' (nell'esempio tralaticio della compravendita, *pretium* e *res*)[120]. In tal modo, la tradizionale categoria dei *substantialia* viene riversata nella sistematica giusnaturalistica; e la proiezione della nozione di *res* in quella, così logica e astratta, di 'oggetto', consente di compiere quel passo che in tutta la dottrina precedente era rimasto solo una tensione inespressa: l'estensione dei *substantialia* ad ogni contratto[121].

---

[119] R. J. POTHIER, *Traité des obligations*, in *Oeuvres*, II, Paris 1848, 3.

[120] POTHIER, *Traité des obligations*, cit., 6 ss. (nn. 6-8)

[121] Il punto è, come è evidente, di estrema importanza, e non senza conseguenze. Il sistema dei *substantialia* è nato — lo abbiamo visto — rispetto alla compravendita, i cui elementi essenziali sono consenso, prezzo e cosa. Dall'umanesimo in poi, la categoria era stata occasionalmente applicata ad altri contratti — come ad esempio fa Ulrich Zäsi (o Zasy) rispetto al contratto di società (U. ZASII *Singularium responsorum libri*, I. 12. 1-6, in *Opera*, V, Lugduni 1550, 72 s.; cfr. anche ID., *In Digestum Vetus*, ad D. 2. 14. 43, in *Opera*, I, Lugduni 1550, 610) — ma non era stata creata una sistematica generale. L'unica eccezione in tal senso può essere vista in MANTICAE *Vaticanae lucubrationes*, cit., I-II, nel quale l'analisi dei singoli contratti è preceduta da una sorta di 'parte generale' (capp. I-III) in cui si tracciano le linee dogmatiche generali dei *substantialia*: la *substantia contractus* è, per Mantica come per i suoi predecessori (e infatti egli cita a più riprese Baldo), la «principalis ipsius (*sc.* contractus) essentia, qua submota contractus nullius est momenti, ut est pretium in contractu emptionis» (*ibid.*, I. 12. 2, ed. cit., I, 26). Ma il giurista friulano si limita ad individuare nel *consensus* la *substantia communis* ad ogni contratto (*ibid.*, I. 12. 3-4, ed. cit., I, 26; l'a. richiama Paul. 2 *inst.* D. 44. 7. 3 pr. e Inst. 3. 22. 1 per sostenere che il

L'operazione, tuttavia, non riesce pienamente. L'origine 'materiale' dell'elemento essenziale 'objet' — nato dalla *res* della compravendita[122] — continua a pesare, ed è continua causa di confusione e ambiguità[123]. Esaminiamo le proposizioni del Pothier.

'Objet des contrats', scrive il giurista francese, è una 'chose' che il debitore si obbliga a dare, a fare o a non fare[124]. Una 'cosa' in senso materiale, parrebbe; tant'è che, rispetto a tutti quei contratti in cui non è ravvisabile una 'chose', Pothier tende ad utilizzare l'espressione solo apparentemente sinonimica di 'matière du contrat'[125]. Per maggiori chiarimenti in ordine al concetto, tuttavia, egli rinvia alla trattazione circa l'oggetto dell'obbligazione — che costituisce evidentemente una nozione, se non coincidente, almeno legata alle medesime regole[126].

---

consenso è «substantia omnium obligationum»), distinguendo poi in ciascun tipo contrattuale una *substantia propria*, come ad esempio, nella compravendita, *pretium* e *res* (*ibid.*, I. 12. 6, ed. cit., I, 26). Cosicché, in realtà, solo il consenso viene generalizzato, non ogni elemento 'essenziale'; e ciò deriva chiaramente dal fatto che per il Mantica il modello è ancora la compravendita, e se il consenso è ravvisabile in ogni contratto, lo stesso non può dirsi per *pretium* e *res*. Pothier va oltre. Anche per lui, naturalmente, il consenso è elemento comune ad ogni contratto (POTHIER, *Traité des obligations*, cit., 4 s. [n. 3]), e anche per lui, come per tutta la tradizione precedente, il modello è la compravendita. Ma la nozione di 'oggetto' permette di superare le differenze contingenti tra i singoli contratti in un ulteriore sforzo di astrazione.

[122] L'elemento essenziale *pretium* ha scarsa rilevanza autonoma, in quanto rientra nella nozione di *res*: ci sono peraltro contratti — Pothier fa l'esempio di mutuo, mandato e deposito — la cui 'essence' è «qu'ils soient gratuits» (POTHIER, *Traité des obligations*, cit., 7 [n. 6]).

[123] Sull'equivocità della dottrina del Pothier sul punto, cfr. anche C. A. CANNATA, *Oggetto del contratto*, in «ED» XXIX, Milano 1979, 830.

[124] POTHIER, *Traité des obligations*, cit., 32 (n. 53): «des contrats ont pour objet, ou des choses que l'une des parties contractantes stipule qu'on lui donnera, et que l'autre partie promet de lui donner; ou quelque choses que l'une des parties contractantes stipule qu'on lui fera, ou qu'on ne fera pas, et que l'autre partie promet de faire, ou de ne pas faire».

[125] L'espressione è data come sinonimica solo nei titoli di paragrafi e capitoli, ma mai nelle vere e proprie trattazioni: a volte, come nella definizione di 'objet et matière des obligations', il termine 'matière' è nel titolo, ma nella definizione è solo l''objet' (POTHIER, *Traité des obligations*, cit., 61 ss. [nn. 129 ss.]); altre volte, quando manca una 'chose', nella trattazione si parla solo di 'matière' (come ad es. per il mandato: cfr. R. J. POTHIER, *Traité du contrat de mandat*, in *Oeuvres*, V, Paris 1847, 173 ss. [nn. 6 ss.]).

[126] Contrariamente a quanto affermato da F. MESSINEO, *Contratto*, in «ED» IX, Milano 1961, 837; ID., *Il contratto in genere* (Trattato Cicu-Messineo), I, Milano 1968, 137: POTHIER, *Traité des obligations*, cit., 32 (n. 53), relativo all'oggetto del contratto, contiene un preciso rinvio all'oggetto dell'obbligazione. Cfr. nel senso qui proposto CANNATA, *Oggetto del contratto*, cit., 827 s.

Senonché la nozione di 'objet des obligations' è estremamente equivoca. Per un verso, Pothier afferma che oggetto dell'obbligazione può essere non solo una 'chose' che il debitore si obbliga a dare, ma anche un 'fait' che egli si obbliga a fare o a non fare — e, coerentemente, distingue la trattazione delle 'choses' e dei 'faits'[127]. Per un altro verso, afferma che non può esservi alcuna obbligazione che non preveda una 'chose' che sia dovuta, la quale ne costituisca «l'objet et la matière»[128] — cosicché egli sembra affermare che anche un 'fait' debba comunque prevedere una 'chose'. Per un altro verso ancora, sostiene che 'oggetto dell'obbligazione' possono essere non soltanto le cose, ma anche il semplice uso o possesso delle stesse — per esempio, se si loca una cosa, oggetto dell'obbligazione è piuttosto l'uso della cosa, che non la cosa stessa[129].

Insomma: la nozione di 'objet des contrats' coincide ancora, senza dubbio, con la figura che l'ha generata, e cioè con la *res* della compravendita (almeno nelle definizioni: quando si scende ai singoli contratti, ci si rifugia nella 'matière du contrat'). Ma neanche la nozione di 'objet des obligations' riesce a liberarsi del tutto dal significato 'cosale' originario — perché, a questo punto è chiaro, la figura 'oggetto dell'obbligazione' non è che una proiezione a tutta la categoria 'obbligazioni' della figura 'oggetto del contratto'.

Volgendoci alla locazione per esaminare gli esiti di queste innovazioni dogmatiche, dobbiamo preliminarmente ricordare che la materia della cd. *locatio operarum* era nel diritto francese sostanzialmente sottratta all'ambito civilistico, per essere disciplinata dai regolamenti delle corporazioni dei mestieri e dalle 'ordonnances' reali[130]. Il fatto che nel *Corpus iuris* si cercasse unicamente la materia della cd. *locatio rei* e *operis*, ha indubbiamente favorito il rilevato valore 'cosale' della nozione di 'oggetto del contratto'.

---

[127] POTHIER, *Traité des obligations*, cit., 61 ss. (nn. 131-135; 136-140).

[128] POTHIER, *Traité des obligations*, cit., 61 (n. 129).

[129] POTHIER, *Traité des obligations*, cit., 61 (n. 130): «l'object d'une obligation peut être ou une chose proprement dit (*res*), que le débiteur s'oblige de donner; ou un fait (*factum*) que le débiteur s'oblige de faire ou de ne pas faire (...). Non-seulement les choses mêmes (*res*) peuvent être l'objet d'une obligation; le simple usage d'une chose, ou la simple possession de la chose, en peut être l'objet. Par exemple, lorsque quelqu'un loue sa chose, c'est l'usage de sa chose, plutôte que la chose même, qui est l'objet de l'obligation qu'il contracte». Cfr. anche POTHIER, *Traité du contrat de louage*, cit., 11 (n. 22)

[130] Cfr. *supra*, § 1.

Pothier, nel *Traité du contrat de louage*, definisce il 'louage des choses' come un contratto in cui una parte si obbliga ad attribuire all'altra l'uso o il godimento di una cosa per un tempo determinato dietro pagamento di un prezzo[131], e il 'louage des ouvrages' come un contratto in cui una parte assegna all'altra un'opera (nel senso di *opus*) da compiere dietro pagamento di un compenso[132]. In entrambi i casi, la 'substance' della locazione è costituita da tre elementi: consenso, prezzo e una cosa[133]; solo che, nella locazione di cose, la 'matière' è data dall'«usage d'une chose» (*res utenda datur*), mentre, nella locazione d'opera, la 'matière' è data da «un ouvrage donné à faire» (*res facienda datur*).

Come si vede, si corre sul filo dell'equivoco: nel raccordo di tutte queste definizioni, l''oggetto' è identificato con la *res*, ma questa *res* ha almeno tre significati, e cioè: 'bene' sul quale si realizza il godimento; il 'godimento' stesso; l''opera' derivante dall'attività. E, nonostante ciò, si continua a sostenere che il raccordo tra le tutte le figure è nella *res*[134], ossia nell''objet'; con la prevedibile confusione che ne consegue.

5.2. *Il* Code civil *francese e il* Codice civile *italiano del 1865.*

Il *Code civil* segue la definizione di 'objet du contrat' disegnata dal Pothier — dopo un tentativo, in sede di lavori preparatori, di seguire piuttosto la definizione di 'objet des obligations'[135] —, e affer-

---

[131] POTHIER, *Traité du contrat de louage*, cit., 2 (n. 1): «un contrat par lequel l'un des deux contractans s'oblige de faire jouir ou user l'autre d'une chose pendant le temps convenu, et moyennant un certain prix que l'autre, de son côté, s'oblige de lui payer».

[132] POTHIER, *Traité du contrat de louage*, cit., 133 (n. 392): «le contrat de louage d'ouvrage est un contrat par lequel l'une des parties contractantes donne un certain ouvrage à faire à l'autre, qui s'oblige envers elle de le faire pour le prix convenu entre elles, que celle qui lui a donné l'ouvrage à faire, s'oblige de son côté de lui payer».

[133] Per la locazione di cose, cfr. POTHIER, *Traité du contrat de louage*, cit., 6; per quella d'opera, *ibid.*, 134 (cfr. anche ID., *Pandectae Iustinianeae*, ad D. 19. 2, n. 2, ed. cit., I, 533).

[134] Cfr. la già ricordata (*supra*, § 1) definizione di locazione in POTHIER, *Pandectae Iustinianeae*, ad D. 19. 2, n. 1, ed. cit., I, 533: «locatio conductio est contractus quo de re fruenda vel facienda pro certo pretio convenit».

[135] Cfr. *Projet du Code civil*, art. 23: «tout contrat a pour objet une chose qu'une partie s'oblige de donner, ou un fait que l'une des parties s'oblige de faire ou de ne pas faire» (cfr. P. A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, XIII, Paris 1827, 7; cfr. anche 227). Tuttavia, come si vede, la redazione definitiva dell'art. 1126 c.c. fr. segue la definizione del Pothier di 'objet des contrats' (mi sembra che la ragione della modificazione sia da rintracciare in questa preferenza, e non — come voleva C. DEMOLOMBE, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles*, in *Cours de Code Napoléon*, XXIV,

ma che è oggetto del contratto quella 'chose' che una parte si obbliga a dare, a fare o a non fare[136]. Il valore 'cosale' della nozione di 'objet du contrat' non viene dunque meno e, coerentemente, al centro di ogni forma di locazione viene posta sempre una *res*: nel 'louage des choses', ci si obbliga «à faire jouir ... d'une chose»[137]; nel 'louage des ouvrages', ci si obbliga «à faire quelque chose»[138].

La confusione è ancora più evidente nel *Codice civile* italiano del 1865[139]. In esso, anche se manca un articolo espressamente dedicato ad una definizione dell'oggetto del contratto, la nozione è ancora, in-

Paris 1877, 284 — nel fatto che il Tribunato volesse evitare il bisticcio «faire un fait», e dunque, ritenendo superflua l'espressione 'fait', l'abbia soppressa; cfr. in questo senso anche CANNATA, *Oggetto del contratto*, cit., 828). La nozione di 'objet des obligations' del Pothier parrebbe invece essere stata accolta dal *Código civil* spagnolo, nel quale si afferma che possono essere 'objeto de contrato' sia «las cosas», sia «los servicios» (art. 1271).

[136] Art. 1126 c.c. fr.: «tout contrat a pour objet une chose qu'une partie s'oblige à donner, ou qu'une partie s'oblige à faire ou à ne pas faire». Cfr. anche gli artt. 1128-1130 c.c. fr. Naturalmente, come già in Pothier, è impossibile applicare una simile definizione ad ogni contratto, perché non in ogni contratto è una 'cosa', e la dottrina si trova costretta a distinguere tra una «signification générale» di 'chose' (comprensiva del 'fait') e una «signification spéciale» (esclusiva di 'chose'): per la distinzione, cfr. DEMOLOMBE, *Traité des contrats*, cit., 284 s.; F. LAURENT, *Principes de droit civil*, XVI[3], Bruxelles 1878, 103 ss. Un'applicazione concreta della differenza può trovarsi ad esempio in PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, cit., II, 58: «on appelle 'objet' de l'obligation la *chose qui peut être exigée du débiteur par le créancier.* Cet objet peut être un *fait positif*, comme l'éxecution d'un travail ou un versement d'argent: on l'appelle alors 'prestation'; ce peut être aussi un *fait négatif*, c'est à dire une abstention». J. GHESTIN, *La formation du contrat*, Paris 1993, 654, afferma addirittura che «le contrat n'a pas d'objet, à proprement parler, il a seulement des effets, qui s'analysent dans la création d'une ou plusieurs obligations». L'a. ritiene anche — ma è una ipotesi che, alla luce di quanto sopra ricordato, è storicamente errata — «en visant l'objet du contrat les rédacteurs du Code civil ont entendu désigner, par une ellipse traditionelle et commode, l'objet des obligations créés par le contrat». Ancora, secondo l'a. (*ibid.*, 655), costituirebbe «une ellipse» il valore 'cosale' dell'oggetto nell'art. 1128 c.c. fr.: propriamente, è sempre una situazione giuridica (ad es., il diritto di proprietà in una compravendita) ad essere 'oggetto del contratto' (concetto che comunque, «entendu comme l'opération juridique elle-même, n'ajoute finalement rien à la notion même de contrat»: *ibid.*, 656).

[137] Art. 1709 c.c. fr.: «le louage des choses est un contrat par lequel l'une des parties s'engage à faire jouir l'autre d'une chose pendant un certain temps, et, moyennant un certain prix que celle-ci s'oblige de lui payer».

[138] Art. 1710 c.c. fr.: «le louage d'ouvrage est un contrat par lequel l'une des parties s'engage à faire quelque chose pour l'autre, moyennant un prix convenu entre elles».

[139] Ma cfr. anche *Codice del Regno delle Due Sicilie. I. Leggi civili*, artt. 1080, 1083 e 1084; *Codice civile per gli Stati di Parma Piacenza e Guastalla*, artt. 1069, 1096-1099, 1101-1102; *Codice civile del Regno di Sardegna*, artt. 1195 e 1216; *Codice civile del Ducato di Modena*, art. 1147.

dubbiamente, 'cosale' (cfr. artt. 1116-1118)[140]. Inoltre, le definizioni delle singole figure di locazione sono la traduzione letterale dei paralleli articoli del *Code civil*, per cui si afferma che nella locazione di cose ci si obbliga a far godere all'altra parte una cosa, e nella locazione di opere a fare per l'altra una cosa[141]. Ma a queste definizioni viene premesso un articolo — assente nel *Code civil*[142] — con il quale in qualche modo si recupera la definizione di 'oggetto dell'obbligazione' del Pothier, attribuendo nuovamente rilevanza al 'fait', ossia alle opere[143]:

> art. 1568 c.c. it. (1865): il contratto di locazione ha per oggetto le cose o le opere.

Insomma, se il *Code civil* non era coerente, nel *Codice civile* italiano del 1865 si crea una vera e propria contraddizione storico-sistematica: 'oggetto' della locazione di opere sono la cosa prodotta, oppure le opere?

---

[140] Anche se, come notano G. B. FERRI, *Il negozio giuridico tra libertà e norma*[2], Rimini 1989, 150 (cfr. anche ID., *Capacità e oggetto nel negozio giuridico*, in «Quadrimestre» 1989, 10), e F. CRISCUOLO, *Arbitraggio e determinazione dell'oggetto del contratto*, Napoli 1995, 132, l'art. 1125 c.c. it. (1865), parlando del «traferimento della proprietà o di altro diritto» come 'oggetto del contratto', introduce sicuramente un elemento di incoerenza nel sistema. L'ambiguità della nozione nella vigenza del vecchio codice era stata notata già da V. POLACCO, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, I, Verona-Padova 1898, 94 s.

[141] Art. 1569 c.c. it. (1865): «la locazione delle cose è un contratto, col quale una delle parti contraenti si obbliga di far godere l'altra di una cosa per un determinato tempo, e mediante un determinato prezzo che questa si obbliga a pagarle»; art. 1570: «la locazione delle opere è un contratto, per cui una delle parti si obbliga a fare per l'altra una cosa mediante la pattuita mercede». È da notare che nel *Codice civile* italiano del 1865 manca un articolo corrispondente all'art. 1126 c.c. fr., pur essendo l'art. 1104 c.c. it. (1865) relativo agli requisiti essenziali del contratto l'esatta traduzione dell'art. 1108 c.c. fr. Sono invece tradotti gli artt. 1128-1130 c.c. fr. (cfr. artt. 1116-1118 c.c. it. [1865]). Cfr. anche *Codice del Regno delle Due Sicilie. I. Leggi civili*, artt. 1555-1556; *Codice civile per gli Stati di Parma Piacenza e Guastalla*, artt. 1626 e 1689; *Codice civile del Regno di Sardegna*, artt. 1715-1716; *Codice civile del Ducato di Modena*, artt. 1642-1643.

[142] Ma che potrebbe trovare una premessa in altri codici italiani preunitari: cfr. *Codice del Regno delle Due Sicilie. I. Leggi civili*, art. 1554; *Codice civile del Regno di Sardegna*, art. 1714; *Codice civile del Ducato di Modena*, art. 1641.

[143] Su questo articolo cfr. per tutti PACIFICI-MAZZONI, *Trattato delle locazioni*, cit., 338 (§ 269).

6. IL MODELLO TEDESCO: IL «GEGENSTAND DES VERTRAGES».

Anche se nel BGB mancano paragrafi analoghi agli artt. 1108 e 1126 c.c. fr., 1104 e 1116-1118 c.c. it. (1865), 1325 e 1346 c.c. it. (1942), un esame, anche veloce, delle opere di codificazione e di dottrina che ne hanno costituito le premesse, mostra chiaramente che la nozione di 'oggetto del contratto' ha avuto rilievo pure nell'esperienza tedesca. Anche in questa, infatti, si coglie una forte dipendenza dalle proposizioni del giusnaturalismo.

Per quanto attiene ai codici, se non troviamo sostanziali novità nel CMBC (ma nelle *Anmerkungen* del Kreittmayr si parla chiaramente di *objecta locationis*[144]), nell'ALR il 'Gegenstand des Vertrages' viene fatto coincidere con il 'Gegenstand der Willenserklärung'[145], identificato in cose e atti[146]; e nell'ABGB i requisiti di possibilità e liceità dell'oggetto sono posti a condizione della validità del contratto[147].

Per quanto riguarda la dottrina, l'influenza della rivoluzione sistematica leibniziana si rinviene naturalmente in tardi giusnaturalisti come Darjes[148], Pütter[149] e i suoi allievi Habernikkel e Hofacker[150], o

---

[144] KREITTMAYR, *Anmerkungen über den Codicem Maximilianeum Bavaricum Civilem*, cit., 1540.

[145] ALR, I. 5 § 39: «über alles, was der Gegenstand einer rechtsgültigen Willenserklärung seyn kann, können auch Verträge geschlossen werden».

[146] ALR, I. 4 § 5: «alle Sachen und Handlungen, auf welche ein Recht erwoben, oder Andern übertragen werden kan, können Gegenstände der Willenserklärungen seyn». La prima parte del codice è tutta impostata sulla distinzione tra *personae*, *res* e *facta* (tit. I: *Personen*; tit. II: *Sachen*; tit. III: *Handlungen*), che sono rispettivamente soggetto e oggetto della dichiarazione di volontà (tit. IV: *Willenserklärungen*).

[147] «Möglichkeit und Erlaubtheit» del 'Gegenstand des Vertrages' (§§ 878-882 ABGB) costituiscono requisiti di validità del contratto insieme a capacità e volontà non viziata del soggetto-persona (*Fähigkeiten der Personen*, §§ 865-868; *Wahre Einwillung*, §§ 869-877). Nell'ABGB, l'influsso del giusnaturalismo si coglie anche a livello sistematico: dopo una prima parte dedicata al *Personenrecht*, troviamo una seconda parte relativa al *Sachenrecht*, a sua volta divisa in un primo titolo relativo ai diritti reali (*Von den dinglichen Rechten*) e un secondo titolo relativo ai diritti patrimoniali personali (*Von den persönlichen Sachenrechten*), fra i quali sono ricompresi i contratti. In particolare, a contratti e negozi giuridici è dedicata la sezione diciassettesima (*Von Verträgen und Rechtsgeschäften überhaupt*).

[148] J. G. DARJES, *Institutiones iurisprudentiae privatae Romano-Germanicae*, Jena 1749, che intitola il primo capitolo della parte generale *De iurium atque obligationum obiecto*. Sull'opera e sul problematico rapporto dell'autore con la scuola di Wolff, cfr. R. STINTZING - E. LANDSBERG, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, III. 1, München-Leipzig 1898, 284 s.

nelle opere di Madihn, allievo del Nettelbladt[151], per fare solo alcuni esempi. Il Thibaut, in particolare, criticava, come Leibniz, l'illogicità della sistematica giustinianea — «die Römer haben für eine logische Systematisierung fast nichts gethan»[152] —, e pertanto sostituiva le nozioni di 'soggetto' e 'oggetto di diritti' a quelle 'fisiche' e non 'giuridiche' di *persona* e *res*[153].

Ma il modello giusnaturalistico 'soggetto-oggetto', ormai considerato imprescindibile strumento logico-sistematico, viene accolto anche dai seguaci della Scuola storica — Hugo, Savigny e Puchta — e, attraverso questi ultimi, giunge alla Pandettistica, che sublimerà lo schema facendo ruotare, intorno al perno del soggetto e della sua volontà, l'intero sistema, distinto nei suoi diversi àmbiti sulla base dell'infinito variare degli 'oggetti'.

---

[149] J. S. PÜTTER, *Elementa iuris Germanici privati hodierni in usum auditorum*[3], Gottingae 1776, che intitola la prima parte della sua opera *De varietate subiectorum et obiectorum iuris*.

[150] E. HABERNIKKEL, *Institutiones iuris Romani*[2], Gottingae 1776, e C. Cr. HOFACKER, *Institutiones iuris Romani methodo systematica adornatae*, Tubingae 1773, ID., *Principia iuris civilis Romano-Germanici*, I[2], Tubingae 1800, dove *personae, res* e *facta* sono assunti come *obiectum legis* o *iuris*. Ma si noti che, ad esempio, in HOFACKER, *Principia iuris civilis Romano-Germanici*, cit., III, il termine *obiectum* viene riutilizzato, nelle obbligazioni, per indicare l'oggetto della *conventio* (*op. cit.*, 45 ss.: *res* o *factum*) e della prestazione (*op. cit.*, 47 ss., inteso essenzialmente come «id quod debetur»), e poi essere utilizzato nei singoli contratti (mutuo: 114; comodato: 126; deposito: 130; locazione, il cui oggetto sono *res, factum* e *opus*: 224 ss., ecc.), salvo che per l'*emptio venditio*, per la quale si continua ad utilizzare il termine *res* (150 ss.): qui, naturalmente, non è necessario un concetto astratto. Su questi autori, entrambi seguaci di Johann Stephan Pütter, cfr. STINTZING - LANDSBERG, *Geschichte*, cit., III. 1, 358 ss.

[151] L. G. MADIHN, *Principia iuris Romani, systematicae in usum praelectionum disposita*, Francofurti 1785, il cui primo capitolo della parte generale è dedicato a *De iuribus et obligationibus eorumque subiecto et obiecto*. Sull'autore, cfr. STINTZING - LANDSBERG, *Geschichte*, cit., III. 1, 440 s.

[152] A. Fr. J. THIBAUT, *System des Pandecten-Rechts*, I[8], Jena 1834, 6 s. (§ 6).

[153] Le *personae* sono rappresentate come 'Rechtssubjecte' (THIBAUT, *System*, cit., I[8], 48 [§ 57]; 97 ss. [§§ 118 ss.], e le *res* come «alles, was kein Rechtssubject ist» (*ibid.*, I[8], 7 [§ 6]). Oggetto immediato del diritto ('Gegenstand der Gesetze') sono 'Rechte' e 'Verbindlichkeiten' (intesi come comportamenti rimessi alla volontà del titolare, oppure necessitati), dei quali è fonte (al di là della legge) il negozio giuridico (*ibid.*, I[8], 90 [§ 104]), e che hanno come oggetto (*ibid.*, I[8], 48 [§ 57]; 125 ss. [§§ 158 ss.]) l'*actus* ('Handlung': *ibid.*, I[8], 97 [§ 118]). La *res*, in quanto 'Object der Handlungen' (*loc. ult. cit.*), è dunque oggetto (due volte) mediato del diritto (*ibid.*, I[8], 133 [§ 167]: «... mittelbar Gegenstand der Rechte»). In questa sistematica, il contratto è naturalmente disegnato come il risultato della volontà dei contraenti, 'soggetti' (*ibid.*, II[8], 4 [§ 444]), esercitata su un 'oggetto' costituito da cose corporali o incorporali (*ibid.*, II[8], 15 [§ 457]) che, nel caso della locazione, sono 'Sachen' e 'Dienste' (*ibid.*, II[8]

Lo Hugo — il cui principale referente dal punto di vista della metodologia giuridica era Leibniz[154] — scriveva che, per la validità di una 'Willenserklärung', è necessario che vi siano, «wesentlich», «1) eine Person (...) 2) ein Gegenstand (...) 3) eine Willensäusserung über diesen Gegenstand»[155]; e che 'Gegenstand einer Forderung' può essere «eine Sache, an welcher ein Recht gegen Jeden erworben werden soll (*dare*), oder eine Handlung ohne alle nähere Beziehung auf eine Sache (*facere*), oder das Gestatten des Gebrauchs einer Sache (*praestare*)»[156].

Si discute se in Savigny l'influsso del giusnaturalismo sia stato mediato dall'opera dello Heise[157] ma, in ogni caso, nelle costruzioni del fondatore della Scuola storica le tematiche giusnaturalistiche si scorgono su diversi piani. Innanzitutto nella distinzione, nell'ambito dei 'Privatrechtsverhältnissen', tra realtà di fatto e realtà di diritto[158]. Poi nella contrapposizione tra uomo e mondo esteriore, quest'ultimo percepito come oggetto ('Gegenstand') di dominio della volontà individuale — dominio che è considerato l'essenza del rapporto giuridico[159]. Infine, nell'adozione della partizione giusnaturalistica

---

[154] Mi limito a rinviare a M. HERBERGER, *Dogmatik. Zur Geschichte von Begriff und Methode in Medizin und Jurisprudenz*, Frankfurt am Main 1981, 356 ss.; cfr. anche R. STINTZING - E. LANDSBERG, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, III. 2, München-Berlin 1910, 11 (*Text*) e 4 nt. 21 (*Noten*). Naturalmente, ciò senza negare i numerosi motivi di distacco tra la dottrina di Hugo e il giusnaturalismo, su cui cfr. G. MARINI, *L'opera di Gustav Hugo nella crisi del giusnaturalismo tedesco*, Milano 1968, *passim*.

[155] G. HUGO, *Lehrbuch der Pandekten oder des heutigen römischen Rechtes*³, Berlin 1805, § 33.

[156] G. HUGO, *Lehrbuch eines civilistischen Cursus*, II, Berlin 1819, 450 (§ 332); cfr. IV, Berlin 1820, 207 s. (§ 223).

[157] G. A. HEISE, *Grundriß eines Systems des gemeinen Civilrechts zum Behuf von Pandecten-Vorlesungen*, Heidelberg 1807. Su questa influenza, cfr. per tutti A. B. SCHWARTZ, *Zur Entstehung des modernen Pandectensystems*, in «ZSS» 42 (1921) 578 ss., spec. 582; P. KOSCHAKER, *Europa und das römische Recht*², München-Berlin 1947, 279 = *L'Europa e il diritto romano*, Firenze 1962, 473; F. WIEACKER, *Friedrich Carl von Savigny*, in «ZSS» 72 (1955) 26 ss.; ID., *Vom römischen Recht*², Stuttgart 1961, 300 ss.; G. MARINI, *Savigny e il metodo della scienza giuridica*, Milano 1966, 130 ss.; L. BJÖRNE, *Deutsche Rechtssysteme im 18. und 19. Jahrhundert*, Ebelsbach am Main 1984, 141 ss.; l'epistolario tra Savigny e Heise è stato pubblicato da O. LENEL, *Briefe Savignys an Georg Arnold Heise*, in «ZSS» 36 (1915) 96 ss.

[158] Fr. C. VON SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, I, Berlin 1840, 333 (§ 52)

[159] SAVIGNY, *System*, cit., I, 333 s. (§§ 52-3); 386 (§ 58). In questo senso, peraltro, è interessante notare che il progetto iniziale del primo libro del *System* era stato concepito dal Savigny come *Allgemeiner Teil* suddiviso in sei capitoli, dei quali il primo sulle fonti del diritto, il secondo sugli oggetti e sulle tipologie — che dagli oggetti derivano: cfr. SAVIGNY, *System*, cit., I, 334 —, il terzo sulle persone, intese come 'Subjecte der Rechtsverhältnissen', e i restanti sulle vicende e sulla tutela del rapporto. Per queste notizie sulla redazione del *System*, e in generale sulla vicenda compositiva del § 52, cfr. H. KIEFNER, *Das Rechtsverhältnis. Zu Savignys System des heutigen Römischen Rechts: Die Entstehungsgeschichte des § 52 über das 'Wesen der Rechtsverhältnisse'*, in N. HORN (hrsg.), *Europäi-*

dei rapporti giuridici nelle due sfere del diritto di famiglia ('Familienrecht') e dei diritti patrimoniali ('Vermögensrecht'), fra i quali sono ricompresi diritti reali e obbligazioni[160]. E lo stesso deve dirsi per la costruzione delle obbligazioni: la 'Natur der Obligationen' viene trattata distinguendo tra soggetto(-persona) e oggetto ('Gegenstand') dell'obbligazione — quest'ultimo detto anche 'contenuto' ('Inhalt') e identificato con la prestazione ('Leistung', 'Handlung')[161] — e si noti che, come già Pothier, Savigny identifica il 'Gegenstand der Obligation' con il 'Gegenstand des Vertrages'[162].

Per il Puchta, infine, ogni diritto consiste nel rapporto tra la volontà e un oggetto ('Gegenstand'), e un tale rapporto si realizza come sottomissione dell'oggetto stesso[163]. Individuato questo schema, il Puchta pone l'oggetto a misura dell'intero sistema giuridico: poiché la volontà del soggetto è elemento costante in ogni sfera del diritto[164], la classificazione dei diritti può infatti realizzarsi solo sulla base dei loro differenti oggetti: 'Sachen', 'Handlungen', 'Personen' (da cui avremo rispettivamente diritti reali; obbligazioni; diritti della personalità, possesso, diritto di famiglia, successioni)[165]. E, naturalmente, anche le obbligazioni e il contratto[166] si strutturano in termini di 'Subject'[167] e 'Gegenstand'[168].

Per quanto riguarda la Pandettistica, trattare dei singoli autori sarebbe inutile e ripetitivo. Basti ricordare che tutto il diritto privato viene costruito sulle nozioni di 'Rechtssubjekt', 'Rechtsobjekt' e 'Rechtsgeschäft', che sui

---

sche Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart (Festschrift H. Coing), I, München 1982, 149 ss., spec. 151 s.

[160] Cfr. SAVIGNY, *System*, cit., I, 334 ss. (§ 53); 367 (§ 56).

[161] Cfr. Fr. C. VON SAVIGNY, *Das Obligationenrecht als Theil des heutigen Römischen Rechts*, I, Berlin 1851, 4 ss. (§§ 2 ss.); in particolare, sul 'Gegenstand der Obligation', cfr. 295 ss. (§§ 28 ss.).

[162] SAVIGNY, *Obligationenrecht*, cit., II, 2 ss (§ 52).

[163] Cfr. G. F. PUCHTA, *Betrachtungen über alte und neue Rechtssysteme*, in «RhM» 3 (1829) = *Kleine zivilistische Schriften*, Leipzig 1851, 230. Naturalmente, la critica del Puchta alla distinzione soggetto-oggetto su un piano gnoseologico, al seguito delle dottrine di Schelling (su cui cfr. per tutti J. BOHNERT, *Über die Rechtslehre Georg Friedrich Puchtas [1798-1846]*, Karlsruhe 1975, 147 ss.; HERBERGER, *Dogmatik*, cit., 399 ss.), si colloca su un piano diverso.

[164] Sul soggetto, cfr. PUCHTA, *Pandekten*[7], cit., 36 ss. (§§ 32 ss.); 49 ss. (§§ 33 ss.)

[165] PUCHTA, *Betrachtungen*, cit., 230 ss.; ID., *Pandekten*[7], cit., 69 s. (§ 46).

[166] Definito come 'Geschäftsobligation': cfr. PUCHTA, *Pandekten*[7], cit., 448 (§ 303).

[167] Cfr. PUCHTA, *Pandekten*[7], cit., 348 ss. (§§ 232 ss.); 449 ss. (§§ 304 ss.); ID., *System und Geschichte des römischen Privatrechts*, II[9], Leipzig 1881, 315 ss. (§ 262).

[168] Cfr. PUCHTA, *Pandekten*[7], cit., 328 ss. (§§ 220 ss.); 449 ss. (§§ 304 ss.); ID., *System und Geschichte*, cit., II[9], 298 ss. (§ 258).

primi due si fonda[169]. Più importante è sottolineare che una tale sistematica

---

[169] Mi limito ad richiamare brevemente, a titolo di esempio, le sistematiche di alcuni autori. F. MACKELDEY, *Lehrbuch des heutigen römischen Rechts*^{3}, Gießen 1820, legge senz'altro la *persona* come 'Subjekt' (117 [§ 108]); la *res* come 'Objekt' (141 [§ 134]); il 'Rechtsgeschäft' come rapporto tra soggetto e oggetto (152 ss., spec. 154 s. [§§ 150-151]). Così anche GÖSCHEN, *Vorlesungen über das gemeine Civilrecht*, cit.: I, 116 (§ 32: persona come soggetto), 216 (§ 68: cosa come oggetto), 264 ss. ('Rechtsgeschäft': spec. 267 ss. [§ 91], sul soggetto, e 269 ss. [§ 92], sull'oggetto); cfr. II. 2, 7 ss. (§§ 372 ss.) sui soggetti dell'obbligazione; 40 ss. (§§ 383 ss.) sull'oggetto. MÜHLENBRUCH, *Lehrbuch des Pandecten-Rechts*, cit., particolarmente attento ai profili di interpretazione grammaticale e logica della legge (I, 136 ss. [§§ 58 ss.]), rinviene il «wesentlicher Charakter» del diritto privato nelle nozioni di 'Rechtssubject' (*persona*), 'Rechtsobject' (*res*), 'Forderungsverhältnisse' (*obligationes*) (I, 170 s. [§ 78]); struttura la trattazione delle obbligazioni in *Begriff und Eintheilungen* (II, 250 ss. [§ 322]), *Subject* (II, 252 s. [§ 323]), *Gegenstand* (II, 253 ss. [§ 324 ss.]), *Wirkung* (II, 258 ss. [§§ 327 ss.]) *der Obligation*; e sullo stesso schema ordina i contratti (II, 266 ss. [§§ 331 ss.]) (si noti che tanto l'oggetto dell'obbligazione quanto quello del contratto sono fatti coincidere con il vincolo, con la cosa o con il comportamento). E. BÖCKING, *Einleitung in die Pandekten des gemeinen Civilrechts*^{2}, Bonn 1853, costruisce il sistema del diritto privato sulla base delle nozioni di *Rechtssubjekte* (135 ss.), *Rechtsobjekte* (243 ss.), *Recht* (rapporto tra volontà del soggetto e volontà comune: 307 ss.); K. L. ARNDTS, *Pandette* (tr. it.), I. 1^{4}, Bologna 1882, divide il diritto secondo il contenuto, citando Puchta (101 s. [§ 22]); identifica *persona* con soggetto (105 [§ 24]), e *res* con oggetto (155 [§ 48]); struttura il negozio giuridico secondo lo schema soggetto-volontà-oggetto (197 [§ 64]); II^{3}, cit.: coglie l''essenza' delle obbligazioni nello schema 'concetto-oggetto-soggetto-efficacia' (9 ss.); l'oggetto dell'obbligazione è la prestazione (11 [§ 202]), e nel contratto il contenuto è identificato con la causa (108 s. [§ 233]), ma rispetto ai singoli contratti torna talvolta il concetto di 'oggetto' (cfr. *infra*, nt. 174). K. A. VON VANGEROW, *Lehrbuch der Pandekten*, I-III^{7}, Marburg 1875-1876, identifica *persona* e 'Subjekt' (I, 64 ss.), *res* e 'Objekt' (I, 102 ss.); costruisce l'*obligatio* (III, 16 ss.) e il contratto (III, 248 ss.) sulla scorta delle nozioni di soggetto e oggetto. J. A. VON SEUFFERT, *Praktisches Pandektenrecht*, I-III^{4}, Würzburg 1860-72, intitola senz'altro *Subject und Object* un paragrafo del capitolo dedicato al 'Rechtsgeschäft' (I, 89 s. [§ 74]), dedica un capitolo al *Gegenstand der Obligation* (II, 11 ss.), e due paragrafi al *Gegenstand des Vertrages* (II, 67 ss. [§§ 258-259]). BRINZ, *Lehrbuch der Pandekten*, cit., II^{2}, 3, parla di 'Gegenstand der Haftung' (intesa come effetto dell'*obligatio*: cfr. *ibid.*, 1). E. I. BEKKER, *System des heutigen Pandektenrechts*, I, Weimar 1886, spec. 45 ss., costruisce tutto il 'Rechtverhälniss' sulle nozioni di 'Subjekt' e 'Objekt'. BARON, *Pandekten*^{8}, cit., identifica *persona* con soggetto (37 [§ 17]) e cosa con oggetto (70 [§ 37]); richiama i concetti di 'oggetto dell'obbligazione' (394 ss. [§ 225]), e di 'oggetto del contratto' (cfr., per la locazione, *infra*, nt. 174). F. REGELSBERGER, *Pandekten*, I, Leipzig 1893, utilizza le nozioni di 'Rechtssubiekt' (77 ss. [§ 15], 234 ss. [§ 56]) e di 'Rechtsobjekt' (357 ss. [§§ 94 ss.]). C. G. VON WÄCHTER, *Pandekten*, I-II, Leipzig 1880-81, costruisce, sullo schema 'soggetto-oggetto', l'intero diritto privato (I, 172 ss. [§§ 35 ss.]; 255 ss. [§§ 59 ss.]), le obbligazioni (II, 275 ss. [§§ 167 ss.]; 304 ss. [§§ 176 ss.]), il contratto (II, 356 ss. [§ 185]). C. Fr. F. SINTENIS, *Das practische gemeine Civilrecht*, I-III^{3}, Leipzig 1868-1869, ordina, sulla base dei diversi 'Gegenstände', il *Rechtssystem* (I, 83 ss. [§ 11]) e le obbligazioni (II, 20 ss. [§ 83]); poi parla di *Gegenstand der Leistung* (II, 57 ss. [§§ 85 ss.]), fa sostanzialmente coincidere l'oggetto del contratto con l'oggetto dell'obbligazione (II, 284 ss. [§ 97]). DERNBURG, *Pandekten*^{8}, cit.: l'*allgemeiner Theil* è sostanzialmente strutturato su 'Rechtssubjekt' (I^{8}, 78 ss.), 'Rechtsobjekt' (I^{8}, 113 ss.), 'Rechtsgeschäft' (I^{8}, 157 ss.) (è da notare che gli *essentialia negotii* continuano ad esse-

si è in quell'epoca trasmessa anche agli autori che studiano il diritto romano in una prospettiva maggiormente storica[170], e non verrà meno neanche nelle sistematiche attuali del diritto privato romano.

Pur in un simile contesto, tuttavia, il concetto di 'oggetto del contratto' resta ambiguo. Il Puchta, ad esempio, identifica a volte il 'Gegenstand des Vertrages' con la prestazione (come nel mandato, dove manca una *res* e l'oggetto è il 'Geschäft'[171]) e allora la nozione coincide con quella di 'Gegenstand der Obligation'[172]; altre volte, con un bene economico (una *res*, come nella compravendita[173]); e, coerentemente — come la maggioranza dei pandettisti — ravvisa l'oggetto della locazione non nell'uso della cosa o nella prestazione delle opere, ma senz'altro nella *res* o nelle *operae*[174].

---

re esemplificati sulla compravendita: I^{8}, 163 [§ 81]); si utilizza ampiamente il concetto di 'Gegenstand der Obligation' (II^{8}, 589 ss.) e, pur ripetendo le osservazioni del Windscheid (cfr. *infra*) sulla ambiguità della nozione e identificandola nella 'Leistung' (II^{8}, 590 [§ 280]), la si impiega nei singoli contratti ad indicare anche i beni economici (cfr., per la locazione, *infra*, nt. 174). Fra i giuristi italiani maggiormente legati alla Pandettistica tedesca, è impossibile non menzionare almeno F. SERAFINI, *Istituzioni di diritto romano*, I-II^{7}, Modena 1899, il quale ordina la sua trattazione delle *Teorie generali* essenzialmente sullo schema 'soggetto(persona)-oggetto(cosa)' (I^{7}, 115 ss. [§§ 3 ss.]; 176 ss. [§§ 12 ss.]), identifica l'oggetto dell'obbligazione nella prestazione (II^{7}, 3 s. [§ 100]) e fa coincidere con essa l'oggetto del contratto (II^{7}, 14 [§ 104]).

[170] Cfr. ad es. SCHILLING, *Lehrbuch*, cit., III, 15 ss. (§ 227): 'Gegenstand und Inhalt der Obligation'; 442 (§ 302) 'Gegenstand' della locazione; WARKÖNIG, *Commentarii juris Romani privati*, cit., II, 2 s.: *objectum obligationis*; GÜNTHER, *Principia iuris privati Romani novissimi*, cit., 688 (§ 982): *objectum locationis*; ZACHARIAE, *Institutionen des römischen Rechts*, cit., 743: 'Gegenstand' della locazione.

[171] PUCHTA, *Pandekten*^{7}, cit., 474 (§ 323).

[172] Cfr. PUCHTA, *Pandekten*^{7}, cit., 328 ss. (§ 220).

[173] PUCHTA, *Pandekten*^{7}, cit., 514 (§ 360).

[174] PUCHTA, *Pandekten*^{7}, cit., 524 s. (§ 365): «der Gegenstand, dessen Gebrauch überlassen wird, können Sachen und Rechte seyn (*locatio conductio rerum*), oder Kräfte, und diese entweder unmittelbar, so daß zu leistende Dienste der Gegenstand sind (*l. c. operarum*), oder mittelbar, so daß die dadurch hervorzubringende Wirkung z. B. eine zu verfertigende Sache, Transport einer Sache etc. Gegenstand ist (*l. c. operis*)». L'ambiguità è tale che nella stessa frase si oscilla tra un uso di 'oggetto' ad indicare la prestazione delle *operae* o dell'*opus* (non dell'*usus rei*), e un uso ad indicare le *res*, le *operae* o l'*opus*, che tuttavia mi sembra preminente (e sicuro, al di là di ogni dubbio, in ID., *System und Geschichte*, cit., II^{9}, 360 [§ 275]). Nella stessa direzione del Puchta, cfr. GÖSCHEN, *Vorlesungen über das gemeine Civilrecht*, cit., II. 2, 370 s. (§ 507); MÜHLENBRUCH, *Lehrbuch des Pandecten-Rechts*, cit., II, 428 s. [§ 408]; cfr. 431 s. (§ 411), 439 (§ 414); ARNDTS, *Pandette*, cit., II^{3}, 324 ss. (§ 309 ss.); SEUFFERT, *Praktisches Pandektenrecht*, cit., II, 223 (§ 326), 235 (§ 332); BRINZ, *Lehrbuch der Pandekten*, cit., II^{2}, 751 s.; BARON, *Pandekten*^{8}, cit., 523 (§ 292); SINTENIS, *Das practische gemeine Civilrecht*, cit., II, 660 s. (§ 118), 677 ss. (§ 118), 689 ss. (§ 119); DERNBURG, *Pandekten*, cit., II^{8}, 782 (§ 368), 787 ss. (§§ 369-370); cfr. 780

L'ambiguità, esplicitamente denunciata in tutta la sua gravità dal Windscheid[175], sembra essere superata — ma solo apparentemente — nel BGB. Essa continua nel non limpidissimo rapporto tra 'oggetto' ('Gegenstand') e 'contenuto' ('Inhalt') dell'obbligazione e del contratto. Solo il contenuto è disciplinato nel BGB, e identificato con la prestazione ('Leistung')[176], ma non si comprende se sia qualcosa di diverso o di identico all'oggetto. Per fare solo un esempio, il 'Wesen' del 'Dienstvertrag' è ravvisato nella 'Leistung (= contenuto) der Dienste' (= oggetto) (§ 611)[177]; ma, nel 'Werkvertrag', il 'Wesen' del contratto, ossia la realizzazione ('Herstellung') dell'*opus*, che dovrebbe corrispondere soltanto all''Inhalt', coincide con il 'Gegenstand' che non è, come invece ci si aspetterebbe, l'*opus* stesso (§ 631)[178].

---

(367); cfr. anche SERAFINI, *Istituzioni di diritto romano*, cit., II^7, 136 ss. (§ 137). Si distingue dalla maggioranza KELLER, *Pandekten*, cit., I^2, 75 s. (§ 334), il quale considera 'Object' della locazione l'uso o il godimento di *res* e *operae*.

[175] WINDSCHEID, *Pandectenrecht*, cit., II^8, 11 s. nt. 1 = *Pandette*, cit., II, 8 s. nt. 1 (§ 252): con 'Gegenstand des Forderungsrechts' si può indicare la prestazione che può venire richiesta in virtù del diritto di credito; oppure la persona dell'obbligato — per quanti ritengono inesattamente che sia questa ad essere sottoposta al creditore —; oppure, altrettanto inesattamente, la cosa prestata. In mancanza di espressioni sostitutive, la locuzione deve essere conservata — scrive l'a. —; ma occorre stare in guardia, per non utilizzare inconsciamente l'espressione a volte nell'uno, a volte nell'altro senso. E, infatti, correttamente con la propria affermazione, il Windscheid individua come 'Gegenstand' della locazione non la *res* o le *operae*, ma l'*usus* della *res* o delle *operae*: WINDSCHEID, *Pandectenrecht*, cit., II^8, 671 = *Pandette*, cit., II, 539 (§ 399): «die Miethe, welche den Gebrauch einer Sache zum Gegenstand hat, heißt Sachmiethe; die Miethe, welche den Gebrauch einer Arbeitskraft zum Gegenstand hat, heißt Dienstmiethe».

[176] Cfr. §§ 241 ss. BGB (*Inhalt der Schuldverhältnisse*); §§ 306 ss. (*Inhalt des Vertrages*). La sostituzione di 'Inhalt' a 'Gegenstand' si è verificata nei *Protokolle* della seconda commissione; nei *Motive* della prima si parlava ancora di 'Gegenstand': cfr. B. MUGDAN, *Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. II. Recht der Schuldverhältnisse*, Berlin 1899, 3 ss., 500 ss., 97 ss., 614 ss. Cfr. art. 19 OR.

[177] Cfr. § 611 BGB: «durch den Dienstvertrag wird derjenige, welcher Dienste zusagt, zur Leistung der versprochenen Dienste, der andere Teil zur Gewährung der vereinbarten Vergütung verpflichtet. (2) Gegenstand des Dienstvertrags können Dienste jeder Art sein». Nei paragrafi dedicati al 'Wesen' di 'Miete' e 'Pacht' (§§ 535 e 581, riportati *supra*, § 1) l'essenza dei contratti è ravvisata ancora nell'*uti* e nel *frui*, ma talvolta si parla di 'Gegenstand' nel senso di *res*: cfr., ad es., § 581: «... den Gebrauch des verpachteten Gegenstandes».

[178] Cfr. § 631 BGB: «durch den Werkvertrag wird der Unternehmer zur Herstellung des versprochenen Werkes, der Besteller zur Enrichtung der vereinbarten Vergütung verpflichtet. (2) Gegenstand des Werkvertrags kann sowohl die Herstellung oder Veränderung einer Sache als eine anderer durch Arbeit oder Dienstleistung herbeizuführender Erfolg sein». Più corretti i *Motive* della prima commissione: il 'Werkvertrag' «ein Werk (im engeren oder weiteren Sinne) oder das Erzeugniß der Dienste oder der Arbeit zum Gegenstande hat» (cfr. MUGDAN, *Materialien*, II, cit., 254; cfr. 262).

In realtà, come ormai appare chiaro, anche il BGB non riesce a distaccarsi dalla dottrina dell'"oggetto del contratto' che, a volte, coincide con la prestazione, altre volte con il bene economico cui la prestazione inerisce. Non solo, ma è chiaro che in un sistema interamente ordinato sullo schema 'soggetto-oggetto', una tale dottrina, nonostante la sua ambiguità, non può non avere una notevole importanza logico-sistematica: in fondo, la stessa scelta di dividere la locazione in più contratti deriva dall'abbandono della concezione tradizionale che ravvisava nel sinallagma *merces-uti frui* l'elemento unificante delle varie forme di locazione, e dall'accoglimento della dottrina (del Dernburg) che invece assume il differente 'oggetto' — *res, opera, opus* — come elemento qualificante del contratto[179].

7. IL CODICE CIVILE ITALIANO DEL 1942: 'OGGETTO-COSA' E 'OGGETTO-PRESTAZIONE'.

Il *Codice civile* italiano del 1942 è il risultato della contaminazione tra il modello francese e il modello tedesco.

Sia l'art. 1325 sui 'requisiti' del contratto, sia gli artt. 1346-1349, che trattano specificamente dell'"oggetto', nella concezione sistematica derivano chiaramente — attraverso il *Codice civile* del 1865 — dal *Code civil*, rappresentando l'ultima propaggine della dottrina dei *substantialia contractus*.

Ma per un'influenza tedesca depone sia il dato (sistematico-formale) della presenza di un *allgemeiner Teil* delle obbligazioni (artt. 1173-1320), assente nel *Code civil* e nel *Codice civile* del 1865[180]; sia, soprattutto, il dato (sostanziale) della formulazione degli artt. 1174 e 1346 ss. che, con chiarezza, designano la prestazione come 'oggetto dell'obbligazione' e 'del contratto'[181].

---

[179] Cfr. *supra*, § 1.

[180] Cfr. per tutti A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale (artt. 1173-1176)* (Comm. Scialoja-Branca), Bologna - Roma 1988, 77 s.

[181] Cfr. per tutti C. A. CANNATA, *Le obbligazioni in generale*, in P. RESCIGNO (a cura di), *Trattato di diritto privato*, IX (*Obbligazioni e contratti*, 1), Torino 1984, 35; P. RESCIGNO, *Obbligazioni (nozioni)*, in «ED» XIX, Milano 1979, 180 s.; G. OSTI, *Contratto*, in «NNDI» IV, Torino 1959, 504; G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*², Torino 1967, 151 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale (artt. 1321-1352)* (Comm. Scialoja-Branca), Bologna-Roma 1970, 351; R. SACCO, *Il contenuto*, in P. RESCIGNO (a cura di), *Trattato di diritto privato*, X (*Obbligazioni e contratti*, 2), Torino 1982, 247; A. CATAUDELLA, *I contratti*, Torino 1990, 111 ss. P. PERLINGIERI, *I negozi su beni futuri*. I. *La*

Tuttavia, anche nel diritto italiano, al di là delle formulazioni generali, è stato più volte rilevato che la nozione di 'oggetto del contratto', desumibile dalla concreta disciplina dei singoli contratti, a volte coincide con quella di prestazione, altre volte con quella di cosa o bene economico[182], tanto che parte della dottrina italiana ha senz'altro identificato la nozione con quest'ultimo[183]. Oltretutto, il «grave, e d'altronde ben significativo, stato di incertezza intorno alla corretta accezione dell'oggetto del contratto»[184], parrebbe non superabile né

---

compravendita di 'cosa futura', Napoli 1962, 60 ss., spec. 67, e il CRISCUOLO, *Arbitraggio e determinazione dell'oggetto del contratto*, cit., 145 ss., spec. 155, muovendo dalla dottrina dell''oggetto del negozio' di A. FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano 1941, 301 ss. (su cui cfr. brevemente *infra*, nt. 184), individuano l'oggetto non nella prestazione, ma nella «possibilità della prestazione» (Perlingieri) o «descrittiva della prestazione» (Criscuolo), ossia nella rappresentazione che della prestazione hanno le parti al momento della conclusione del contratto. Cfr. anche, nella vigenza del vecchio codice, F. FERRARA Sr., *Teoria dei contratti*, Napoli 1940, 98, che identifica l'oggetto (con il contenuto e) con la prestazione.

[182] Cfr. da ultimi, G. ALPA - R. MARINI, *Oggetto del negozio giuridico*, in «Digesto[4]» (sez. civ.), XIII, Torino 1995, 35; CRISCUOLO, *Arbitraggio e determinazione dell'oggetto del contratto*, cit., 128; G. ALPA, *L'oggetto e il contenuto*, in G. ALPA - M. BESSONE (a cura di), *I contratti in generale. Aggiornamento 1991-1998*, III, Torino 1999, 1974 ss.

[183] L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli s.d. (ma 1948), 625; F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*[3], Roma 1951, 146 (ma cfr. già, nell'imperio del vecchio codice, ID., *Appunti sulle obbligazioni*, in «Riv. dir. comm.» (1915) I, 528 ss.; ID., *Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni*, in *Studi di diritto processuale*, II, Padova 1928, 219 ss.); M. ALLARA, *La teoria generale del contratto*, Torino 1955, 63; MESSINEO, *Contratto*, cit., 836 ss.; ID., *Il contratto in genere*, cit., I, 138 s.; A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*[12], Padova 1960, 479 nt. 1; G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Padova 1961, 14 ss.; P. RESCIGNO, *Manuale del diritto privato italiano*[7], Napoli 1987, 331; F. GALGANO, *Il negozio giuridico* (Trattato Cicu - Messineo), Milano 1988, 103 ss.; FERRI, *Il negozio giuridico tra libertà e norma*[2], cit., 149 ss.; ID., *Capacità e oggetto nel negozio giuridico*, cit., 11 s. (che precisa la non necessaria materialità del bene economico).

[184] SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, cit., 350. Per altre teorie sull''oggetto del contratto' cfr. per tutti PERLINGIERI, *I negozi su beni futuri*, cit., 62 ss.; ALPA, *L'oggetto e il contenuto*, cit., 1987 ss. Sull''oggetto del negozio' e sull''oggetto dell'obbligazione', cfr. anche BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*[2], cit., 81, per il quale 'oggetto del negozio' sarebbe l''interesse', categoria entro la quale rientrerebbero anche i beni; FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., 301 ss., secondo il quale 'oggetto del negozio' sarebbe non il bene — che potrebbe anche essere una cosa futura o incerta — ma la rappresentazione che di esso realizzano le parti al momento della formazione del negozio; sulle teorie circa l''oggetto dell'obbligazione', e per una interpretazione di questo come il risultato voluto dalle parti, cfr. L. MENGONI, *L'oggetto dell'obbligazione*, in «Jus» 3 (1952) 156 ss. Va tuttavia rilevato che le tematiche dell'oggetto del negozio e dell'oggetto del contratto o dell'obbligazione tendono spesso ad essere sovrapposte nelle costruzioni dei civilisti, mentre dovrebbero — almeno a mio avviso; ma cfr. anche MIRABELLI, *Dei singoli contratti*[2], cit., 154 — essere tenute distinte sul piano storico e dogmatico.

identificando 'oggetto del contratto' (inteso come 'bene') e 'oggetto dell'obbligazione' (inteso come 'prestazione') — perché in un sistema che ammette contratti a effetti reali (art. 1376 c.c.) potrebbe ritenersi esistente l'uno e non l'altro[185] — né sostituendo la nozione di 'oggetto' con quella di 'contenuto del contratto', inteso come insieme di ciò che è disposto dalle parti[186] — perché quest'ultimo finisce per coincidere con il complesso dei requisiti del negozio (essenziali e accidentali), ossia con un 'tutto' del quale l'oggetto degli artt. 1346 ss. c.c. è solo una 'parte'[187].

In realtà, l'esame sin qui condotto rende sufficientemente chiaro che è impossibile costruire una teoria generale dell'oggetto del contratto che sia coerente in se stessa e rispetto al dato codicistico, perché tanto nella tradizione romanistica, quanto nel *Codice civile* che ne è il risultato, la nozione di 'oggetto del contratto' (e, ancor prima, della *res* come *essentiale contractus*), non è univoca, ma è il frutto di claudicanti astrazioni. Una prima astrazione è stata quella di mettere insieme la categoria dei *substantialia*. Una seconda, l'estensione dei

---

[185] Cfr. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, cit., 624 s. Va però rilevato che l'art. 1470 c.c. it (1942) individua l'oggetto della compravendita nel trasferimento della proprietà di una cosa o nel trasferimento di un altro diritto verso il corrispettivo di un prezzo — ossia nelle prestazioni delle parti (cfr. PERLINGIERI, *I negozi su cosa futura*, cit., 70).

[186] Così F. CARRESI, *Il contenuto del contratto*, in «Riv. dir. civ.» 1963, I, 365 ss.; N. IRTI, *Oggetto del negozio giuridico*, in «NNDI» XI, Torino 1965, 803 ss.; SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, cit., 352 s.; ID., *Contratti in generale*[3], Milano 1972 (rist. 1980), 133 s.; C. M. BIANCA, *Diritto civile*. III. *Il contratto*, Milano 1987 (rist.), 316 ss.; R. SACCO - G. DE NOVA, *Il contratto*, II, Torino 1993, 17 ss.

[187] Come appare dalla ricostruzione di A. CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, Milano 1974, 181 ss.; cfr. anche E. ROPPO, *Contratto*, in «Digesto[4]» (sez. civ.), IV, Torino 1989, 111. Naturalmente, il problema si porrebbe in termini diversi se per 'contenuto' si intendesse non l''insieme' degli elementi del contratto, ma una sua 'parte' (cfr., in questo senso, S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano 1969, 80 s.); per questa via, ad esempio, si potrebbe pervenire alla conclusione che 'oggetto' e 'contenuto' coincidano entrambi con la prestazione (cfr. L. BIGLIAZZI GERI - U. BRECCIA - F. D. BUSNELLI - U. NATOLI, *Diritto civile*. III. *Obbligazioni e contratti*, Torino 1989, 17 ss.). Mi sembra contraddittoria l'affermazione del CRISCUOLO, *Arbitraggio e determinazione dell'oggetto del contratto*, cit., 150 s., per il quale il contenuto «è il contratto stesso», ma nel contempo è anche «l'*id* su cui cade e si forma il consenso», e nel quale confluirebbero «tutti i profili, essenziali e non, della fattispecie che le parti rappresentano»: l'a. afferma l'identità del contenuto con il contratto, ma poi ritiene che il requisito della volontà sia estraneo al contenuto, quando invece sia la vicenda storica degli *essentialia*, sia il dato codicistico (art. 1325 n. 1 c.c. it. [1942]) includono la volontà all'interno del contratto.

substantialia della compravendita anche ad altri contratti[188]. Una terza, la creazione della categoria 'logica' di 'oggetto' che, in ipotesi, dovrebbe attagliarsi ad ogni contratto ma, in concreto, non riesce a disancorarsi totalmente dall'originario valore 'cosale' legato alla *res* della compravendita.

Gino Gorla, attraverso l'esame interno dei sistemi di 'civil law' e la comparazione con quelli di 'common law', ha dimostrato chiaramente l'insufficienza sistematica e l'inutilità logica della categoria 'oggetto del contratto'[189] — che non a caso è stata abbandonata nei recenti princìpi dell'Unidroit e del progetto di codice europeo dei contratti[190]. L'analisi sin qui condotta non può che aggiungere a questi da-

---

[188] La dipendenza dalla compravendita dei *substantialia* della locazione è addirittura resa esplicita nell'attuale art. 2670 del *Civil Code* della Louisiana (introdotto nel 1825, all'art. 2640, ma assente nel codice del 1808): «to the contract of lease, as to that of sale, three things are absolutely necessary, to wit: the thing, the price, and the consent». Questo articolo è evidentemente un ritorno alla tradizione del diritto comune, e parrebbe scavalcare la nozione giusnaturalistica di 'oggetto'; ma si noti che il codice della Louisiana riproduce anche l'art. 1108 c.c. fr. sugli elementi essenziali del contratto (cfr. p. 260 art. 8 del cod. 1808; art. 1872 del cod. 1825; art. 1779 del cod. 1870), nonché l'art. 1126 c.c. fr. sull'oggetto del contratto (cfr. p. 264 art. 26 del cod. 1808; art. 1877 del cod. 1825; art. 1883 del cod. 1870).

[189] Cfr. G. GORLA, *La teoria dell'oggetto del contratto nel diritto continentale (civil law)*, in «Jus» 4 (1953) 289 ss. (303: la nozione è «una delle manifestazioni dello spirito sistematico e 'logico' della *civil law*»); cfr. anche, adesivamente, K. ZWEIGERT - H. KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung*. II. *Institutionen*, Tübingen 1984 = *Introduzione al diritto comparato*. II. *Istituti*, Milano 1995, 9, e A. BARENGHI, *L'oggetto del contratto*, in N. LIPARI (a cura di), *Diritto privato europeo*, II, Padova 1997, 604 ss., spec. 606. La critica al concetto portata avanti da G. HARTMANN, *Die Obligation. Untersuchungen über ihren Zweck und Bau*, Erlangen 1875, spec. 20 ss., 159 ss., che considerava inutile la categoria (identificata con la 'Leistung') intendendo sostituirle la nozione di 'scopo', si indirizzava chiaramente in senso diverso (per una sua discussione, cfr. per tutti MENGONI, *L'oggetto dell'obbligazione*, cit., *passim*).

[190] Cfr. UNIDROIT, *Principi dei contratti commerciali internazionali*, Roma 1994, 114 ss. (artt. 5.1 ss.), in cui si preferisce parlare di 'contenuto', inteso in senso piuttosto lato: cfr., al riguardo, ALPA, *L'oggetto e il contenuto*, cit., 1984 ss., nonché, sull'impatto di questa nozione sui sistemi giuridici legati alla nozione di 'oggetto' del contratto e del negozio giuridico (e in particolare sul sistema latinoamericano), A. GARRO, *El 'contenido' del contrato bajo los principios de Unidroit aplicables a los contratos comerciales internacionales: su impacto en el 'Mercosur'*, in M. J. BONELL - S. SCHIPANI, *'Principi per i contratti commerciali internazionali' e il sistema giuridico latinoamericano* (Atti Roma 1993), Padova 1996, 169 ss. e spec. 181 ss. Negli studi preparatori al codice europeo dei contratti, l''oggetto del contratto' è ricompreso tra i «main concepts used in the different legal systems which obstruct the harmonisation of contract law», ed è definito come «a mishmash of various issues»: la proposta è di sostituirlo con una nozione, alquanto lata, di 'contenuto' (M. E. STORME, *The Validity and the Content of Contracts*, in A. S. HARTKAMP - M. W. HESSELINK - E. H. HONDIUS - C. E. DU PERRON - J. B. M. VRANKEN [ed.], *Towards a*

ti l'ulteriore elemento dell'incoerenza storico-dogmatica della nozione[191].

A questo punto, tornando al nostro problema di partenza, occorre interrogarsi sul valore della categoria 'oggetto del contratto' per la ricostruzione della concezione romana della *locatio conductio*.

8. LA 'LOCATIO CONDUCTIO' TRA CRITERI ROMANI E CRITERI MODERNI DI TIPICITÀ: DALLA CENTRALITÀ DELL''OBLIGATIO' AGLI «ELEMENTI ESSENZIALI» DEL CONTRATTO.

8.1. *L'influenza della nozione di 'oggetto del contratto' sulle ricostruzioni della struttura della* locatio conductio *romana.*

Al termine dell'analisi sin qui svolta, è agevole constatare che la dottrina romanistica che si è occupata della struttura della *locatio conductio* ha sempre impostato le proprie soluzioni avvalendosi di concettualizzazioni ignote ai giuristi romani ed emerse nel corso della tradizione romanistica.

In ciò mi sembra facilmente riconoscibile quell'atteggiamento mentale, criticato dal Gorla e dall'Orestano, per il quale ci sarebbero nozioni logicamente necessarie, presenti esplicitamente o implicitamente in ogni ordinamento[192]. Simili certezze, che trovano le loro premesse ideologiche soprattutto nel giusnaturalismo — basti ricordare che nei lavori preparatori del *Code civil* la presenza dell'oggetto del contratto era definito «principe de vérité éternelle»[193] —, sembra-

---

European Civil Code, Dordrecht - Boston - London 1996, 162 ss., che cita Gorla e Zweigert - Kötz [*ibid.*, 165 nt. 12]; cfr. anche O. LANDO - H. BEALE [ed.], *The Principles of European Contract Law. Part I: Performance, Non-Performance and Remedies*, Dordrecht - Boston - London 1995, 71 nt. 1).

[191] In questo senso, mi sembra particolarmente consapevole la posizione dell'ALPA, *L'oggetto e il contenuto*, cit., 1989, il quale — dopo aver proposto di interpretare il 'contenuto' come «l'intero 'voluto' delle parti», e l''oggetto' come una «parte del contenuto» — rileva come in tal modo «ci si sottrae alle maglie strette di una nozione [di oggetto] ritagliata sulla vendita e quindi con contenuto ellitticamente 'cosale'».

[192] GORLA, *La teoria dell'oggetto del contratto*, cit., 296 ss.; ORESTANO, *Azione*, cit., 812 ss.; ID., *Introduzione*², cit., 392 ss.

[193] Cfr. FENET, *Recueil*, cit., XIII, 315. Nella *Présentation au corps législatif*, M. Bigot-Préameneu diceva che gli elementi essenziali del contratto (art. 1108 c.c. fr.) sono tratti dalla «nature même des choses» (*ibid.*, 222).

no aver condizionato anche la dottrina romanistica[194].

Per risolvere il problema della struttura della locazione, l'Arangio-Ruiz ne ricerca gli «elementi essenziali», e conclude che essi sono «la cosa (o le *operae*, anch'esse considerate alla stregua delle cose) e la mercede»[195]. Allo stesso modo, per il Brasiello «elementi costitutivi» della *locatio conductio* sarebbero «la *res locata* e la mercede»[196]. Per l'Amirante, «la *locatio-conductio* romana appare caratterizzata da due elementi fondamentali: la *res* e la *merces*»[197]. Il Pinna Parpaglia ravvisa l'unità della locazione in uno schema, quello dell'attività compiuta su una *res*, nel quale l'attività è 'contenuto', «sostanza»[198] del contratto, e la *res* è 'oggetto' dello stesso; e in ciò rinvia ad un orientamento dottrinario che annovera 'contenuto' e 'oggetto' tra gli «elementi costitutivi del contratto»[199]. (In fondo, l'unico studioso che non si avvale delle categorie dogmatiche moderne è il Vigneron, ma a costo di rifiutare la ricerca di ogni «habillage juridique».)

È chiaro che, ragionando in questa logica, la tipicità di un contratto dipende dai suoi elementi essenziali, nel senso che se mutano gli elementi essenziali muta necessariamente il 'tipo' di contratto[200]. Ora, poiché la locazione si distingue in *species* sulla base del differente 'oggetto', tutti hanno cercato di rinvenire l'unità dei vari 'tipi' nell'identità di oggetto. Ed è facile rilevare

[194] Non solo rispetto alla locazione: cfr., ad es., quanto scriveva B. BIONDI, *Reminiscenze ed esperienze romanistiche in tema di contratto moderno (Sistemazione - Definizione - Requisiti)*, in *Studi F. Messineo*, I, Milano 1959, 37 ss. e 40 ss., a proposito dell'utilità dello studio della «dottrina romana» dell'oggetto del contratto (particolarmente rispetto a *stipulatio, pactum* e contratti atipici) per la comprensione della categoria moderna.

[195] ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*[14], cit., 346 s.

[196] BRASIELLO, *L'unitarietà* (1928), cit., 22.

[197] AMIRANTE, *Ricerche*, cit., 111 s.

[198] PINNA PARPAGLIA, *Vitia ex ipsa re*, cit., 108 e nt. 324.

[199] Cfr. MESSINEO, *Il contratto in genere*, cit., I, 87 ss., spec. 139 ss. (richiamato da PINNA PARPAGLIA, *Vitia ex ipsa re*, cit., 108 nt. 324).

[200] Mi limito a richiamare BALDI DE UBALDIS *In secundam Digesti Veteris partem commentaria*, ad D. 18. 1. 72 pr., ed. cit., 133*v*: «quando fit digressio de una forma substantialis in aliam formam substantialem, necessario inducitur conductio prime forme, et generatio unius est coruptio alterius, unde subtilitas istius l. constituta principis philosophicis» (cfr. anche BARTOLI A SAXOFERRATO *In primam Digesti Novi partem*, ad D. 39. 6. 27, ed. Venetiis 1615, 34*v*); POTHIER, *Traité des obligations*, cit., 6 (n. 6): se muta un elemento essenziale, muta «l'espèce du contrat». Cfr. anche E. BETTI, *La tipicità dei negozi giuridici romani e la cosidetta atipicità del diritto odierno*, in «Ann. Macerata» 28 (1966) 22: «*essentia* è la fattispecie indispensabile, l'ossatura, per così dire, lo schema logico del negozio giuridico le cui parti costitutive non si possono modificare senza che con ciò muti anche il nome e il tipo del negozio giuridico».

come ciascuno studioso abbia perseguito questo scopo avvalendosi della nozione di 'oggetto del contratto' corrente ai suoi giorni.

Quando, negli anni venti, l'Arangio-Ruiz e il Brasiello scrivevano le loro opere, era in vigore il *Codice civile* del 1865, nel quale la nozione di 'oggetto del contratto' era ancora fortemente dipendente dall'originario valore 'cosale', e 'oggetto della locazione' erano cose e opere[201]. Nulla di più logico che cercare l'unità del contratto nella identità di *res* ed *operae*: si dà una *res* non solo nella cd. *locatio rei* e nella cd. *locatio operis* (i materiali), ma anche nella cd. *locatio operarum*, perché anche le *operae*, in quanto *fructus*, sono *res*.

Quando invece scrivono l'Amirante e il Pinna Parpaglia, il valore 'cosale' dell'oggetto del contratto è entrato in crisi tanto a livello codicistico quanto a livello dottrinario[202]. Fra i civilisti, vengono proposte le più varie soluzioni al problema[203], e a due di esse si ispirano i due romanisti. L'Amirante — richiamando il Gorla — ravvisa l''oggetto del contratto' nella prestazione, e considera la 'cosa', il bene economico, unicamente 'oggetto della prestazione' (o, in altri termini, 'oggetto mediato del contratto'[204]). Conseguentemente, egli critica l'Arangio-Ruiz e il Brasiello, affermando che «deve assolutamente escludersi» che per i giuristi romani «'oggetto del contratto' possa considerarsi la *res*»; piuttosto, «bisogna dire che esso è la prestazione» — anzi, per i contratti sinallagmatici, «il complesso di prestazioni» —, mentre «la *res* è l'oggetto della prestazione di consegna alla quale il locatore si obbliga»[205]. E, coerentemente con questa impostazione dogmatica, egli rinviene l'elemento unificante della *locatio conductio* nella prestazione di *reddere* (oggetto immediato del contratto) una *res* (oggetto mediato del contratto). Il Pinna Parpaglia[206], invece, richiama il Messineo e le sue distinzioni tra 'contenuto' e 'oggetto' del contratto: l'attività costituirebbe «il contenuto del contratto di locazione, mentre la *res* su cui detta attività deve svolgersi ne costituisce l'oggetto»[207]. Insomma — prescindendo dal fatto che la costruzione del Messineo non

[201] Cfr. *supra*, § 6.
[202] Cfr. *supra*, § 8.
[203] Cfr. *supra*, § 8.
[204] Cfr. OSTI, *Contratto*, cit., 504.
[205] AMIRANTE, *Ricerche*, cit., 19 s. nt. 33.
[206] Pur rendendosi conto del fatto che «l'uso di tali termini, in un contesto giuridico romanistico, potrebbe far sorgere varie perplessità»: PINNA PARPAGLIA, *Vitia ex ipsa re*, cit., 108 nt. 324.
[207] PINNA PARPAGLIA, *Vitia ex ipsa re*, cit., 108.

è del tutto conciliabile con questa lettura[208] — anche il Pinna Parpaglia ricerca la struttura comune a tutte le ipotesi di locazione negli «elementi costitutivi» del contratto e, così facendo, da un lato deve ipotizzare la rilevanza di un'attività ('contenuto del contratto') nella cd. *locatio rei*[209], e sostenere che i *conductores rei*, in senso proprio, dovrebbero piuttosto essere chiamati *conductores operis*[210]; dall'altro non può spiegare l'assenza di una *res* ('oggetto del contratto') nella cd. *locatio operarum*[211].

8.2. *L'alternativa tra 'contratto-vincolo' e 'contratto-accordo' ed i suoi riflessi sulla struttura della* locatio conductio.

Restituendo alla sua storicità la nozione di 'oggetto del contratto', siamo più liberi di interpretare le fonti romane. Ma la nostra analisi della tradizione romanistica deve indurci a riflettere anche su un altro profilo, non meno importante.

Se i glossatori preaccursiani hanno una visione della struttura del contratto ancora strettamente legata allo schema obbligatorio, vice-

---

[208] Per il MESSINEO, *Il contratto in genere*, cit., I, 139 ss., il contenuto non è un dato strutturale del contratto (cfr. in proposito la critica del CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, cit., 35 ss., per il quale invece il contenuto consisterebbe in un dato strutturale), ma consiste nel concreto assetto d'interessi, comprensivo di ogni eventuale clausola, realizzato dalle parti e indipendente dalla 'tipicità' del contratto stesso — che è invece legata alla causa (MESSINEO, *op. ult. cit.*, I, 124 ss., 683 ss.) —: nella sua prospettiva, dunque, l'attività realizzata sulla cosa corrisponderebbe soltanto ad un elemento del 'contenuto-assetto d'interessi'. E, a questo punto, appare chiaro che una simile accezione di 'contenuto' è adatta più ad esprimere la molteplicità dei singoli *negotia* realizzati dai contraenti, piuttosto che il 'tipo' della *locatio conductio* — che il Pinna Parpaglia assume come unitario. Non solo: la sistematica del Messineo, che distingue il 'contenuto' tanto dalla prestazione (identificata con il 'contenuto dell'obbligazione': *ibid.*, I, 141; l'a., deliberatamente, non affronta il problema di una distinzione tra 'oggetto' e 'contenuto' dell'obbligazione: 143), quanto dal bene economico (che rappresenta l''oggetto del contratto': *ibid.*, I, 138 e 140), non viene sempre rispettata dal Pinna Parpaglia. Quest'ultimo non rende mai con un termine latino l''attività', ma la identifica a volte con il *facere* (ad es. PINNA PARPAGLIA, *Vitia ex ipsa re*, cit., 140 s.) — ossia con la prestazione —, altre volte con l'*opus* (inteso come complesso di *operae*: cfr. ad es. *ibid.*, 145 e 154) o con l'*opera* (cfr. ad es. *ibid.*, 161), che tuttavia non sono qualificati né quali 'oggetto del contratto' — come ritiene di fare la maggioranza degli autori — né come prestazione, né come 'contenuto del contratto', ma sempre con l'espressione — a mio avviso non eccessivamente chiara — 'termini di riferimento del contratto' (cfr. ad es. 146; ma la locuzione è presente continuamente in tutta l'opera).

[209] PINNA PARPAGLIA, *Vitia ex ipsa re*, cit., spec. 137 ss.

[210] PINNA PARPAGLIA, *Vitia ex ipsa re*, cit., 138.

[211] PINNA PARPAGLIA, *Vitia ex ipsa re*, cit., 139; 166.

versa l'elaborazione dei *substantialia* operata da Accursio isola i singoli elementi del contratto e li raccorda in uno schema tendenzialmente autonomo rispetto a quello delle *obligationes*. Questo processo — che in un primo tempo si alimenta alla rilevanza attribuita al *consensus* dalla dottrina medievale[212] — si lega successivamente al graduale emergere della volontà come motore del sistema giuridico. In quest'ultimo senso, è fondamentale l'apporto del giusnaturalismo, che edifica lo schema ordinante ('soggetto-volontà-oggetto') sul quale saranno costruite tanto le sistematiche del 'Rechtsgeschäft', quanto quelle del 'contrat'[213].

Con un simile retroterra, il giurista moderno che si avvicini alla materia contrattuale tende sempre a vedere innanzitutto un accordo che poi, perfetto nei suoi elementi essenziali, ha come effetto la nascita di un'obbligazione. E a questo condizionamento, in genere, non sfuggono neanche i romanisti[214].

---

[212] Cfr. per tutti CALASSO, *Il negozio giuridico*^{2}, cit., *passim*, ma spec. 113 ss., 243 ss., 285 ss.

[213] A tutto ciò, si aggiunga il probabile influsso del liberalismo nell'economia: cfr. G. OSTI, *Contratto (concetto, distinzioni)*, in «NDI» IV, Torino 1938, 48. Mi sembra, peraltro, che la prospettiva storico-comparativa, descrivendo le origini della nozione disegnata dal Pothier, e descrivendo i suoi legami con l'area giuridica tedesca, ridimensioni l'ipotesi del GORLA, *La teoria dell'oggetto del contratto*, cit., 291 nt. 2; 296 nt. 1; 298 nt. 1; 304, secondo il quale la nozione di 'oggetto del contratto' avrebbe trovato terreno fertile nell'acquisto, soprattutto da parte del contratto di vendita, del carattere traslativo. Se questa regola si è affermata esclusivamente nel *Code civil* e nei codici da esso derivati, al contrario la nozione di 'oggetto del contratto', e prima di essa quella di *res* come *substantiale contractus*, si sviluppano anche in contesti (dottrina intermedia; ALR; ABGB; BGB) nei quali il contratto di vendita conserva effetti meramente obbligatori. A questo proposito, rispetto al problema del trasferimento della proprietà nella tradizione romanistica e nei diritti europei, cfr. i lavori raccolti in L. VACCA (a cura di), *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico- comparatistica* (Atti Pisa - Viareggio - Lucca 1990), I-II, Milano 1991.

[214] Per fare un esempio, il terzo capitolo di C. LONGO, *La locatio-conductio*, cit., 31 ss. si intitola *Elementi essenziali*, e si suddivide in tre paragrafi, dedicati rispettivamente al consenso (31 ss.), alla mercede (38 ss.), all'oggetto idoneo (66 ss.); quest'ultimo, a sua volta, si divide in tre sottoparagrafi, intitolati alla *locatio rei* (66 ss.), *operarum* (121 ss.) ed *operis faciendi* (129 ss.). Solo dopo aver descritto il contratto, e cioè nel capitolo quarto, si passa alla trattazione degli 'effetti', ossia delle obbligazioni (150 ss.; ma va rilevato che il Longo — che può essere considerato l'ultimo esponente della tradizione, prima della reimpostazione del problema da parte dell'Arangio-Ruiz — aveva compreso perfettamente che l'unità di tipo della locazione va rintracciata nel godimento realizzato sulla *res* e sulla *persona*: cfr. *ibid.*, 8 ss.). Sullo stesso schema si strutturano i corsi dell'Arangio-Ruiz sui contratti consensuali (compravendita, società, mandato), apparsi tra il 1949 e il 1954: ARANGIO-RUIZ, *Il mandato*, cit., 79 ss. (cap. III: *Definizione ed elementi*); 159 ss. (cap. V: *Le obbligazioni delle parti*); ID., *La società in diritto romano*, Napoli 1950, 63 ss. (cap. III:

Ma il percorso del giurista romano è esattamente contrario[215].

Naturalmente, anche le nozioni romane di *contrahere / contractus* hanno avuto una storia. Su di essa si è molto discusso, e non è certo possibile, in questa sede, affrontare il problema *ex professo*. È però necessario rilevare che, fra le tante soluzioni proposte dalla dottrina, la ricostruzione che — almeno a chi scrive — appare preferibile, è quella che non nega in assoluto valore all'elemento consensuale[216], ma non giunge mai a ridurre il contratto ad una convenzione[217],

---

Definizione ed elementi); 172 ss. (cap. VI: *Obbligazioni ed azioni*); ID., *La compravendita in diritto romano*, cit., I², 88 ss. (cap. II: *Definizione ed elementi*); 149 ss. (cap. III: *Le obbligazioni delle parti*). Non bisogna dunque meravigliarsi se l'approccio dell'Arangio-Ruiz nel trattare della *locatio conductio* fosse il medesimo.

[215] Al riguardo, è emblematico il fatto che lo schema logico-grammaticale 'soggetto-predicato-oggetto', che già S. SCHLOSSMANN, *Der Vertrag*, Leipzig 1876, 133 s., con grande consapevolezza critica, aveva notato essere alla base del negozio giuridico pandettistico (in generale, sul rapporto fra strutture grammaticali e logica 'sostanzialistica' cfr. ORESTANO, *Introduzione*², cit., 385 ss.), è del tutto assente nelle teorie grammaticali greche e latine. In queste, le parole sono poste sullo stesso piano in quanto nomi, 'parti della frase', distinti solo dal caso e dal loro rapporto rispetto al verbo (cfr. per tutti P. MATTHEWS, *La linguistica greco-latina*, in G. C. LEPSCHY [a cura di], *Storia della linguistica*, I, Bologna 1990, 280 e 297 s.).

[216] Com'è noto, il ridimensionamento dell'elemento consensuale era giunto, nelle formulazioni del PERNICE, *Zur Vertragslehre der römischen Juristen*, cit., 195 ss., e del PEROZZI, *Le obbligazioni romane*, cit., 311 ss. (cfr. anche ID., *Il contratto consensuale classico*, in *Studi F. Schupfer*, Torino 1898 = *Scritti giuridici*, II, Milano 1948, 565 ss.; ID., *Dalle obbligazioni da delitto alle obbligazioni da contratto*, in «Mem. Acc. Sc. Bologna (cl. sc. mor., sez. giur.)» 10 [1915-16], = *Scritti giuridici*, cit., II, 443 ss.), a negare ogni valore al *consensus*.

[217] Questo invece sembra essere l'esito cui conduce quella linea interpretativa che, muovendo dalla reazione del Riccobono alle ipotesi del Pernice e del Perozzi (cfr. S. RICCOBONO, *Dal diritto romano classico al diritto moderno*, cit., 113 ss.; ID., *La formazione della teoria generale del 'contractus' nel periodo della giurisprudenza classica*, in *Studi P. Bonfante*, I, Milano 1929, 123 ss.; ID., *Corso di diritto romano. Stipulationes, contractus, pacta*, Milano 1935, 262 ss.; ID., *Contratto [diritto romano]*, in «NDI» IV, Torino 1938, 31; ID., *Der Wille als Entwicklungsfaktor im römischen Rechte*, in *Scritti C. Ferrini*, IV, Milano 1949, 55 ss.), ha portato ad una ricostruzione della nozione di contratto che giustamente è stata definita «giusnaturalistica e condizionata da opzioni ideologiche» (TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 536). Dopo l'adesione di P. VOCI, *La dottrina romana del contratto*, Milano 1946, 7 ss., 297 ss.; ID., *La dottrina del contratto nei giuristi romani dell'età classica*, in *Scritti C. Ferrini*, Milano 1946, 383 ss., in tempi più recenti, pur se con un'attenzione maggiore ai problemi terminologici e ai processi storici, mi sembrano porsi sostanzialmente sulla linea del Riccobono: S. E. WUNNER, *Contractus. Sein Wortgebrauch und Willensgehalt im klassischen römischen Recht*, Köln - Graz 1964, 95 ss.; SCHIAVONE, *Studi sulle logiche dei giuristi romani*, cit., spec. 131 s. e nt. 178 (pur se limitatamente all'epoca successiva la riflessione di Pedio; rispetto a Labeone, l'a. evidenzia l'elemento obiettivo della nozione di *contractus*: cfr. ad es. 98, 133 s.; cfr. anche ID., *Giuristi e nobili*, cit., 240 nt. 76, con critica a Santoro [cit. *infra*]; ID., *La scrittura di Ulpiano. Storia e sistema nelle teorie contrat-*

se non, eventualmente, negli esiti bizantini[218].

Ponendosi in questa linea interpretativa, mi sembra si possa affermare che, per i romani, il «*contractus* più che l'accordo designa il vincolo, il substrato obiettivo di questo, il *negotium contrahere*»[219], il *vinculum iuris* che coincide con l'*obligatio*[220]. E che il giurista romano,

---

tualistiche del quarto libro ad edictum, in N. BELLOCCI [a cura di], *Le teorie contrattualistiche nella storiografia contemporanea* [Atti Siena 1989], Napoli 1991, 125 ss.); SANTORO, *Il contratto nel pensiero di Labeone*, cit., *passim* (il quale ha ravvisato già nel pensiero del giurista augusteo una concezione ampia del *contractus*, che contiene in sé anche le convenzioni atipiche, fondata sul consenso, dal quale sono prodotti gli effetti obbligatori; cfr., ad es., 288 s.); ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, cit., 559 ss. (il quale, pur con la consapevolezza del processo storico 'romanistico', considera il consenso già centrale nella giurisprudenza romana — ma, mi pare, avendo sotto gli occhi soprattutto i contratti consensuali); GALLO, *Synallagma e conventio*, cit., I-II, *passim*; cfr. ID., *Eredità di giuristi romani in materia contrattuale*, cit., 3 ss. (il quale considera implicita la rilevanza del consenso già nella *definitio* di Labeone). Più cauta mi sembra la posizione del BURDESE, *Ancora sul contratto nel pensiero di Labeone*, cit., 458 ss.; ID., *Sul concetto di contratto e i contratti innominati in Labeone*, cit., 17; ID., *Sulle nozioni di patto, convenzione e contratto in diritto romano*, cit., spec. 61 ss.

[218] La comune linea interpretativa non impedisce soluzioni diversificate sui singoli problemi, ma mi sembra di cogliere un *continuum* nelle opere di P. BONFANTE, *Corso di diritto romano. IV. Le obbligazioni*, cit., 249 ss.; ID., *Sulla genesi e l'evoluzione del 'contractus'* in «RIL» 40 (1907) = *Scritti giuridici varii*, III, Torino 1921, 107 ss.; ID., *Sul 'contractus' e sui 'pacta'*, in «Riv. Dir. Comm.» (1920) I = *Scritti giuridici varii*, cit., III, 135 ss.; ID., *Istituzioni di diritto romano*[10], Milano 1987 (rist. corr.) 327; E. BETTI, *Sul valore dogmatico della categoria 'contrahere' in giuristi proculiani e sabiniani*, in «BIDR» 28 (1915) 3 ss.; ID., *Istituzioni*, II. 1, cit., 66 ss.; DE FRANCISCI, Συνάλλαγμα, cit., II, 321 ss.; E. ALBERTARIO, *Le fonti delle obbligazioni e la genesi dell'art. 1097 del Codice civile*, in «Riv. Dir. Comm.» (1923) I = *Studi di diritto romano*, III, Milano 1936, 77 ss.; O. LENEL, *Interpolationenjagd*, in «ZSS» 45 (1925) 25; WIEACKER, *Societas*, cit., 80 ss. (ancora piuttosto legato al Perozzi; cfr. anche ID., in «TR» 35 [1967] 129 ss.); M. LAURIA, in «SDHI» 4 (1938) = *Contractus, delictum, obligatio*, in *Studii e ricordi*, Napoli 1983, 620 ss.; G. GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*[3], Torino 1963, 29 ss.; ID., *Contratto (diritto romano)*, in «ED» IX, Milano 1961, 750 ss.; KASER, *Das römische Privatrecht*, cit., I[2], 523; TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 534 ss.; ID., *Conventio e stipulatio*, in N. BELLOCCI (a cura di), *Le teorie contrattualistiche nella storiografia contemporanea* (Atti Siena 1989), Napoli 1991, 210 ss.; ID., *Contratto e patto nel diritto romano*, in «Digesto[4]» (sez. civ.), IV, Torino 1989, 35 ss. (estr.); MELILLO, *Contrahere, pacisci, transigere*, cit., 125 ss., spec. 218 s. (pur nella peculiare impostazione della sua ricerca, la quale privilegia, al di là della nozione di *contractus*, l'aspetto sociologico-giuridico della negozialità romana); M. SARGENTI, *Svolgimento dell'idea di contratto nel pensiero giuridico romano*, in «Iura» 39 (1988) 53 e 72 ss.; R. MARTINI, *Il mito del consenso nella dottrina del contratto*, in «Iura» 42 (1991) 97 ss.

[219] GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*[3], cit., 57 s.

[220] Cfr. BETTI, *Istituzioni*, II. 1, 68 e 73: «per la qualifica di *contractus* non è punto rilevante la struttura di accordo, ma solo la funzione di costituire un *vinculum iuris*»; «nell'identificare ... gli elementi essenziali della nozione romana del *contractus* bisogna stare attenti a non perdere di vista la funzione cui il *contractus* è destinato nel sistema dello *ius civile*, quindi lo stretto inscindibile nesso fra *contractus* e *obligatio*».

a differenza del moderno, non vede un contratto (= accordo) da cui nascono obbligazioni, ma un'*obligatio* che viene 'contratta' *aut re ... aut verbis aut litteris aut consensu*[221].

Queste riflessioni, a mio avviso, sono importanti per comprendere realmente le ragioni per cui i giuristi romani hanno ravvisato l'unitarietà della locazione nello schema *merces-uti frui*, senza mai sentire l'esigenza di suddividere il contratto in ulteriori 'tipi'.

Una simile necessità logica sarebbe stata forse avvertita dai *prudentes* qualora essi avessero concepito il contratto come un accordo di volontà tra 'soggetti' su un 'oggetto'. Nella prospettiva in cui la tipicità è legata all'identità di elementi essenziali[222], infatti, quando muta uno degli *essentialia* muta il contratto. Ma poiché per i giuristi romani il contratto è solo un modo per determinare la nascita di un'*obligatio*, essi colgono la tipicità del contratto (ossia la sua peculiarità all'interno del sistema, il suo essere se stesso e non altro) proprio nell'*obligatio* che dall'accordo nasce — ossia, nel nostro caso, nel reciproco *praestare mercedem* e *praestare uti frui*.

Oltretutto, ciò aiuta anche a comprendere la perfetta fungibilità, nelle fonti romane, di espressioni come *locare servum* e *locare operas servi*; *locare usum fructum* e *locare* la *res* sulla quale si esercita l'usufrutto[223]; *locare habitationem* e *locare insulam*. È errato, infatti, chiedersi se 'oggetto' del *locare* siano le *operae* o il *servus*[224], così come pensare ad una 'reificazione' dell'uomo libero[225], oppure ad un tardo distacco delle *operae* dalla persona del lavorato-

---

[221] Gai. 3. 89; cfr. Gai. 2 *aur.* D. 44. 7. 1. 1.

[222] Come invece, rispetto al contratto in generale, ritiene il WUNNER, *Contractus*, cit., 212 ss., su cui cfr. la critica di G. GROSSO, in «BIDR» 68 (1965) 353.

[223] Nel primo senso, cfr. Ulp. 20 *ad ed.* D. 10. 3. 7. 10; Pomp. 8 *ad Q. Muc.* D. 23. 3. 66. Nel secondo, cfr. Ulp. 18. *ad Sab.* D. 7. 1. 13. 8; D. 7. 1. 15. 5; D. 7. 1. 27. 1; Marc. 6 *dig.* fr. 77 LENEL = Ulp. 32 *ad ed.* D. 19. 2. 9. 1. Alludono a entrambi: Ulp. 17 *ad Sab.* D. 7. 1. 12. 2; D. 7. 4. 29 pr.

[224] La questione è stata abbastanza discussa: cfr., per tutti, DESCHAMPS, *Locare operas*, cit., 157 ss.; MARTINI, *Mercennarius*, cit., 15 ss.; AMIRANTE, *Ricerche*, 61 ss.; MACQUERON, *Le travail des hommes libres*[2], cit., 24 ss.; THOMAS, *'Locatio' and 'operae'*, cit., 233 ss.; ALZON, *Histoire*, cit., 564, 566, 581 (per il quale, addirittura, l'uomo libero sarebbe stato considerato al pari di una *res* fruttifera che produce *operae* o sulla quale si realizza l'*opus*, e ciò anche, ad esempio, quando le parti si fossero accordate per il suo trasporto).

[225] Così AMIRANTE, *Ricerche*, cit., 60 ss. Mi pare si possa formulare al riguardo la medesima critica che il GROSSO, *Problemi sistematici nel diritto romano*, cit., 16, rivolgeva a V. SCIALOJA, *Teoria della proprietà nel diritto romano*, I, Roma 1928, 31 ss., rispetto alla sovrapposizione delle nozioni di 'oggetto' e '*res*', che portavano l'illustre studioso a soste-

re[226], o ancora immaginare, per *locare usum fructum* e *locare habitationem*, addirittura interpolazioni[227]. Nella visione concreta dei romani simili distinzioni non hanno senso: si attribuisce il *servus* affinché si realizzi un godimento sulle sue *operae*, allo stesso modo in cui si può dire *locare fundum* o *locare fundum fruendum* — e in questo senso è significativo il responso di Servio in D. 40. 7. 14 pr. —, oppure *locare insulam* o *locare habitationem*, ecc.

Così come credo debba essere respinta la diffusa teoria di una progressione storica delle fattispecie di locazione che parta dalla cd. *locatio rei*, passando attraverso la locazione di schiavi[228]. Anche questa ipotesi, infatti, è evidentemente dipendente dall'idea che la locazione debba avere un 'oggetto-*res*'. Ma quando si consideri che per i giuristi romani poteva realizzarsi un *uti frui* anche su una *persona*, senza che ciò comportasse una sua 'reificazione', si comprende che la prestazione di *operae* da parte di un libero poteva senz'altro essere già originaria — come d'altra parte mostra l'esame del Kaufmann[229]. In realtà, lo schiavo è patrimonialmente parificato alle *res*[230], ma 'ontologicamente' è sempre considerato *persona*: non a caso per indicare il godimento realizzato sul *servus* si utilizza l'espressione *opera*, come per il libero, e mai la locuzione *uti frui*, propria del godimento compiuto su una *res*.

---

nere che, essendo talora l'uomo libero 'oggetto' di rapporti giuridici, esso poteva essere considerato dai romani al pari di una *res*.

[226] ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*[14], cit., 345 ss.; BRASIELLO, *L'unitarietà* (1927), cit., 545 ss.

[227] L'AMIRANTE, *'Locare usum fructum'*, cit., 206 ss. (cfr., al riguardo, anche le osservazioni di J. A. C. THOMAS, *Locare usufructum*, in «The Irish Jurist» 6 [1971] 367 ss., solo parzialmente critico nei confronti dell'Amirante) riteneva che l'espressione *locare usum fructum* fosse interpolata; sul *locare habitationem* cfr. ID., *'Locare habitationem'*, cit., 455 ss.

[228] Cfr., da ultimo, IMPALLOMENI, *Locazione*, cit., 91.

[229] I termini *opera* e *opus* risultano legati a contesti economici di tipo locativo già in epoca preconsensuale (cfr. KAUFMANN, *Die altrömische Miete*, cit., 182 ss., 205 ss.), e dunque appaiono già concettualmente autonomi rispetto alla *persona* cui ineriscono.

[230] Cfr., ancora una volta, D. 40. 7. 14 pr., analizzato *supra*, cap. II § 4.

CONCLUSIONI

I giuristi romani ravvisano lo schema unitario della *locatio conductio* nelle reciproche obbligazioni delle parti di *praestare mercedem* e *praestare uti frui*. In virtù di questo schema unitario, per tutelare tutti gli assetti di interessi rientranti nel *locare conducere* si utilizzano le medesime azioni (*locati* e *conducti*).

La 'tipicità' della locazione nel sistema contrattuale romano risiede dunque in una simile unità obbligatoria e processuale[1].

All'interno del 'tipo', però, i *prudentes* individuano una serie di 'modelli negoziali' che non assurgono a 'tipo' — nel senso che non determinano un differente schema obbligatorio fondamentale, e dunque non richiedono una diversa azione — ma costituiscono delle figure di riferimento per le parti, per i giuristi e per il pretore.

Una prima articolazione dello schema *merces-uti frui* è legata al diverso realizzarsi del godimento. Rileva, a questo riguardo, una distinzione fondamentale per i romani, quella tra *res* e *persona* (*homo*): quando il godimento si realizza su una *res*, le fonti parlano senz'altro di *uti frui*; quando si realizza su una *persona*, le fonti parlano di *opera*.

Una seconda articolazione dello schema si realizza all'interno del godimento realizzato su una *persona*: il modello negoziale varia in considerazione delle modalità di sfruttamento dell'*opera* individuate dalle parti. Il prestatore d'*opera* potrà semplicemente mettere a disposizione dell'altra parte la propria *opera* — che sarà utilizzata in un *opus* irrilevante rispetto all'obbligazione del lavoratore. Oppure potrà prestare la propria *opera* per la realizzazione di un *opus* specifico sotto le direttive del committente, senza cioè assumere alcuna responsabilità per il compimento dell'*opus* stesso. O, ancora, potrà prestare la propria *opera* per la realizzazione di un *opus* rispetto al compimento del quale egli è responsabile.

In tutti questi casi si tratta di locazione, nel senso che ricorre il sinallagma *merces-uti frui*. Ma le parti — attraverso le *leges locationis*

[1] Cfr. *supra*, cap. VI § 2-3.

— possono variare a loro piacimento i termini del rapporto, purché restino entro lo schema obbligatorio fondamentale. Quando invece è questo a mutare, muta necessariamente il *nomen* del negozio.

In questo senso, la *locatio conductio* è una e molteplice: unità di 'tipo', in quanto ricorre sempre il sinallagma *merces-uti frui*; molteplicità di 'modelli negoziali', che variano a seconda del diverso atteggiarsi dell'*uti frui*. Il piano della 'tipicità' indirizza verso le *actiones locati et conducti*; il piano dei 'modelli negoziali' consente di scegliere tra l'*actio locati* e l'*actio conducti*[2].

Questo è, a mio avviso, il quadro offerto dal *Corpus iuris*.

Le ragioni della 'crisi' dell'unitarietà della locazione nella tradizione romanistica, credo debbano invece essere ricercate nello spostamento del centro dell'attenzione dell'interprete dal piano dell'obbligazione (*merces-uti frui*) a quello dell'oggetto del contratto (*res, opera, opus*).

Un simile spostamento deve essere imputato ad un intrecciarsi di cause, unite tuttavia da un medesimo filo conduttore.

Un primo fattore è stato la sostituzione — operata dal giusnaturalismo — delle nozioni romane (giuridiche e naturali a un tempo) di *persona (homo)* e *res*, con i concetti astratti e 'geometrici' di 'soggetto' e 'oggetto'[3]. Questa sostituzione ha prodotto conseguenze notevolissime sul piano della complessiva 'Weltanschauung' del giurista moderno che, rispetto a quella romana, è divenuta fortemente soggettivistica e, correlativamente, oggettivistica[4]. Particolarmente nei suoi esiti pandettistici, l'intero universo giuridico appare orientato su uno schema-base che vede il 'soggetto' operare, mediante la sua volontà, su una realtà 'oggettivizzata' (anche quando riguarda *personae*) e organizzata in settori distinti in virtù del diverso 'oggetto'[5].

---

[2] Cfr. *supra*, cap. VI § 4.

[3] Cfr. *supra*, cap. VII § 4.

[4] Sullo stretto legame tra visione 'soggettivistica' e 'oggettivistica' (con particolare riferimento alla dialettica tra 'diritto soggettivo' e 'diritto oggettivo'), cfr. ORESTANO, *Introduzione*[2], cit., 331 s., il quale peraltro nota che l''oggettivismo' delle dottrine giuridiche dei secoli XIX e XX non può essere posto sullo stesso piano della 'oggettività' della prospettiva romana (su cui cfr. *ibid.*, 144), ma deve piuttosto essere considerato — date le sue premesse ideologiche — come una sorta di 'nuovo soggettivismo'.

[5] Cfr. *supra*, cap. VII § 6.

Un secondo fattore è stato l'emergere, a partire dalla speculazione medievale, della teorica dei *substantialia contractus*[6]. Questa dottrina, traendo spunto dalle testimonianze romane in tema di compravendita, ha enfatizzato il valore degli elementi essenziali '*consensus*' e '*res*', particolarmente quando si è saldata con quello che abbiamo indicato come primo fattore.

Conseguenze di tutto ciò sono stati:

a) l'affermazione della centralità della volontà (*consensus*) dei contraenti, che, legandosi al problema della vincolatività della promessa unilaterale, ha determinato l'emergere della 'Willenserklärung' del negozio giuridico (ma esiti non dissimili si sono prodotti anche rispetto al 'contrat' francese)[7] e il capovolgimento, rispetto alla concezione romana, del rapporto tra contratto e obbligazione. I giuristi romani guardavano innanzitutto all'*obligatio*, concependo il contratto come lo strumento attraverso il quale l'obbligazione nasce; e, coerentemente, rintracciavano la tipicità del contratto nello schema obbligatorio. Al contrario, i giuristi moderni guardano innanzitutto al contratto, concepito come l'incontro delle volontà dei 'soggetti' che (eventualmente) produce effetti obbligatori; e, conseguentemente, rintracciano la tipicità di un dato contratto nella presenza o nell'assenza di determinati 'elementi essenziali' — il cui mutamento determina necessariamente un mutamento di 'tipo'[8];

b) l'appiattimento, sull'elemento essenziale '*res*' — mutuato dalla compravendita e più tardi sostituito dalla nozione di 'oggetto' (che tuttavia, derivando da un'astrazione della *res* della compravendita, si dibatte incoerentemente tra un valore ancora 'cosale' e un'accezione 'immateriale'[9]) —, delle varie modalità di 'godimento' realizzabili in una locazione. Tutto ciò determina conseguenze notevoli: l'*uti frui* realizzato sulla *res* diviene secondario rispetto alla presenza dell'elemento essenziale *res*; le *operae* non sono più poste sul piano dell'*uti frui*, ma su quello della *res*; l'*opus* — particolarmente allorché non si deve più confrontare con l'elemento essenziale *res*, ma con la più astratta nozione di 'oggetto' — acquista autonomia rispetto alle *operae* che l'hanno prodotto e diviene anch'esso 'oggetto del contratto'.

---

[6] Cfr. *supra*, cap. VII, particolarmente i §§ 2-3 (giuristi medievali e umanisti).

[7] Cfr. *supra*, cap. VII §§ 5-6.

[8] Cfr. *supra*, cap. VII § 8.2.

[9] Cfr. *supra*, cap. VII § 5 (Pothier, il *Code civil* e il Codice civile italiano del 1865); § 6 (dottrina e codificazioni tedesche); § 7 (Codice civile italiano del 1942).

In questo nuovo contesto concettuale, la coesistenza tra l'unico 'tipo' e i diversi 'modelli negoziali' diviene impossibile. Nella logica 'sostanzialistica', il negozio corrisponde al 'tipo' solo quando ne condivide gli elementi essenziali; e i vari assetti di interessi locativi, differenti nell'elemento essenziale 'oggetto', sono tenuti insieme nella medesima figura contrattuale solo in virtù dell'autorità della tradizione. Quando l'importanza di quest'ultima si attenua, la nuova logica della tipicità giunge alle sue estreme conseguenze: si perde di vista il criterio unificante costituito dal sinallagma *merces-uti frui*[10], e il contratto si frantuma.

Guardando al diritto romano come diritto 'storico', la romanistica di questo secolo ha colto l'incongruenza di un 'tipo' contrattuale unitario sotto il profilo delle azioni e della terminologia, che però viene suddiviso in figure differenti. E, conseguentemente, ha portato l'attenzione sul problema delle concezioni dogmatiche dei giuristi romani[11].

Tuttavia, a questi motivati interrogativi, sono state date risposte che continuano a dipendere dalla sovrapposizione degli strumenti dogmatici attuali sulle concezioni dei giuristi romani.

Si è tentato, infatti, di ricondurre ad unità la locazione facendo coincidere tra di loro i diversi 'oggetti' del contratto. Con ciò non si è usciti dalla logica 'sostanzialistica' e si è continuato ad attribuire rango di 'tipo' al piano dogmatico dei 'modelli negoziali' — pur tentando, in modo apparentemente paradossale, di negare che i *prudentes* fossero consapevoli delle differenze che intercorrono tra i vari 'modelli'. Più precisamente:

a) nell'imperio del codice del 1865, coerentemente con le posizioni dottrinarie dell'epoca, l'unitario 'oggetto del contratto' è stato rintracciato nella *res* consegnata dal locatore al conduttore (*res*, *operae*, materiali per la realizzazione dell'*opus*);

b) in tempi più recenti, la romanistica ha costruito le proprie soluzioni in armonia con la dottrina formatasi intorno al codice del 1942. E, pertanto, talora ha distinto tra 'oggetto immediato del contratto' (la prestazione) e 'oggetto mediato del contratto' (la *res*), con-

[10] Che, come abbiamo visto (*supra*, cap. VII § 1), ancora giuristi come Domat avevano ben presente persino nelle sue implicazioni storiche.

[11] Per una panoramica delle teorie dell'unitarietà, cfr. Intr. § 1.

cludendo che l'unitarietà della locazione è da rintracciare nell'obbligazione di *reddere* la *res* (la cosa locata, la persona del lavoratore, l'*opus* finale). Talaltra si è affidata alla distinzione tra 'contenuto' e 'oggetto', identificando il primo con l'attività compiuta dal conduttore sulla *res* — attività che rileverebbe anche in una cd. *locatio rei* —, e la seconda con la *res* stessa; e, conseguentemente, ha affermato che lo schema unitario della locazione deve essere ravvisato nella presenza costante di un'attività compiuta sulla *res*[12].

Queste ricostruzioni non possono, a mio parere, essere accolte, sia perché comportano notevoli difficoltà di ordine esegetico, evidenziate nel corso della ricerca, sia perché appaiono ancora legate a quella prospettiva 'sostanzialistica' e 'soggettivistica' che si è formata nella tradizione romanistica e che — come abbiamo visto — ha determinato l'affermarsi della tripartizione.

Al contrario, mi sembra necessario abbandonare questa visione statica, 'per sostanze', che si preoccupa di sezionare organicisticamente gli istituti nei loro caratteri essenziali, naturali e accidentali, per tentare di riavvicinarsi alla visuale dei giuristi romani, che era piuttosto dinamica, 'per attività', nel senso che guardava più al concreto 'farsi' dei rapporti che non alla loro 'essenza'[13].

Se mettiamo da parte l'esigenza di una definizione 'sostanziale'[14] della locazione, e ci lasciamo guidare dai *prudentes* nell'unico sforzo di definizione che sembrerebbe per loro avere valore ai fini dell'individuazione del 'tipo' — quello di una definizione 'perimetrale'[15] —, ci accorgiamo che essi non attribuivano alcun rilievo dogmatico a ciò che noi chiamiamo 'oggetto del contratto'[16], ma ravvisavano l'unico

---

[12] Cfr. *supra*, cap. VII § 8.1.

[13] Uso la terminologia di ORESTANO, *Introduzione*[2], cit., 149 ss. e spec. 151.

[14] Sul rapporto tra la definizione 'sostanziale' e la tendenza all'astrazione e alla classificazione propria della scienza giuridica europeo-continentale, cfr. per tutti ORESTANO, *Introduzione*[2], cit., 150 s. e 392 ss.

[15] Cfr. *supra*, cap. IV § 1. Ciò non toglie, naturalmente, che già i giuristi romani definissero *per genus et speciem*; ma questo uso — di cui comunque, rispetto alla locazione, non si trova traccia se non in D. 50. 16. 5. 1 (su cui cfr. *supra*, cap. III § 3.2) — era, come si è detto (*supra*, cap. IV nt. 17) essenzialmente indirizzato a fini di *explicatio verborum* o di costruzione sistematica, e non all'individuazione dell''essenza' del *definiendum*.

[16] Né ricomprendevano in alcuna categoria concettuale unitaria *res*, *opera* e *opus*. Anzi, è bene sottolineare che questi tre elementi operano su piani distinti, che sono stati posti allo stesso livello dogmatico, dalla tradizione romanistica, non senza una certa violenza logica. Infatti, la *res* è, nella cd. *locatio rei*, ciò su cui si realizza l'*uti frui*. L'*opera* è,

criterio importante, ai fini della 'tipicità', nello schema obbligatorio prescelto dalle parti. Che essi, in altre parole, ammettevano l'esistenza di diversi 'modelli negoziali'[17], ma guardavano alla *locatio conductio* come ad un 'tipo' unitario in considerazione della presenza, in ciascun assetto di interessi, del sinallagma *merces-uti frui*.

---

nella cd. *locatio operarum* e *operis*, lo stesso *uti frui*, che si realizza sulla *persona*. L'*opus* è, nella cd. *locatio operis*, l'insieme delle *operae* complessivamente intese oppure il prodotto materiale risultante dalle *operae*, ma anche in quest'ultimo caso non è mai considerato genericamente 'cosa', bensì sempre 'cosa prodotta': il pagamento della *merces*, pertanto, non è mai riferito all'oggetto prodotto, ma sempre all'attività posta in essere per realizzarlo.

[17] In cui rilevano non i diversi 'oggetti' (*res, opera, opus*: cfr. nt. precedente), ma le diverse modalità di godimento: *uti frui* sulla *res* e *opera* sulla *persona* (finalizzata o meno ad un risultato).

INDICE DEGLI AUTORI*

* Le opere anonime compaiono sotto il titolo. Qualora vi siano più opere di un medesimo autore (o diverse edizioni della stessa opera o diversi volumi, se pubblicati in anni differenti), le prime citazioni sono indicate con il numero della nota in corsivo.

INDICE DELLE FONTI*

I. FONTI DI TRADIZIONE MANOSCRITTA

A. FONTI GIURIDICHE

1. *Fonti pregiustinianee*

* I numeri in corsivo indicano i luoghi in cui le fonti sono analizzate con maggiore attenzione.

3. *Fonti bizantine*

4. *Altre fonti giuridiche*

B. FONTI LETTERARIE

II. EPIGRAFI E PAPIRI